

VERZAMELING VAN ARRESTEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN
BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VAN DEN HONERT'S

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VOORTGEZET DOOR

MR. C. C. E. D'ENGELBRONNER,

Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden, enz.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN
BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VIER-EN-VEERTIGSTE DEEL.



'SGRAVENHAGE,
H. L. SMITS.

1880.

Rec. Sept. 17, 1900.

CHRONOLOGISCHE AANWIJZING

DER

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

DEEL XLIV.

Arrest	van	3	Januarij	1879,	n°	1622	blz.	1
»	»	17	»	»	»	1623	»	9
»	»	24	»	»	»	1624	»	18
»	»	»	»	»	»	1625	»	37
»	»	31	»	»	»	1626	»	47
»	»	7	Februarij	»	»	1627	»	56
»	»	13	»	»	»	1628	»	67
»	»	21	»	»	»	1629	»	73
»	»	28	»	»	»	1630	»	78
»	»	7	Maart	»	»	1631	»	83
»	»	21	»	»	»	1632	»	97
»	»	»	»	»	»	1633	»	108
»	»	28	»	»	»	1634	»	120
»	»	10	April	»	»	1635	»	131
»	»	18	»	»	»	1636	»	136
»	»	25	»	»	»	1637	»	144
»	»	2	Mei	»	»	1638	»	150
»	»	9	»	»	»	1639	»	158
»	»	16	»	»	»	1640	»	185
»	»	23	»	»	»	1641	»	188
»	»	30	»	»	»	1642	»	195
»	»	6	Junij	»	»	1643	»	245
»	»	13	»	»	»	1644	»	258
»	»	»	»	»	»	1645	»	264
»	»	27	»	»	»	1646	»	273
»	»	30	Julij	»	»	1647	»	282

Arrest	van	6	October	1879,	no	1648	blz.	290
„	„	7	November	„	„	1649	„	296
„	„	28	„	„	„	1650	„	305
„	„	5	December	„	„	1651	„	325
„	„	„	„	„	„	1652	„	327
„	„	12	„	„	„	1653	„	333
„	„	„	„	„	„	1654	„	345
„	„	19	„	„	„	1655	„	352

VERBETERING.

Blads. 158 regel 2 v. b. *staat:* 5 Maart 1872; *lees:* 5 Maart 1852

AANWIJZING DER VRAAGPUNTEN

BEHANDELD BIJ DE

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING,

IN VERBAND MET DE WETSBEPALINGEN, TOT DEZE BETREKKING HEBBENDE.

GRONDWET.

A. 192 in verband met a. 116, 117 en 138 der Prov.-wet en het Kon. besluit van 22 Julij 1822, nº 127, en het waterschaps-reglement der provincie Groningen van 1870—1874.

Is het voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid, dat overeenkomstig het Kon. besluit van 22 Julij 1822, *St.* no 127, niet bij dagvaarding mag worden geprocedeerd, gegrond? — Neen.

Is a. 5 van het Prov. regl. van Groningen, vastgesteld op 27 Julij 1870, *Prov-Blad* nº 91, gewijzigd bij het Prov. regl. van 22 Julij 1874, op eenigerlei wijze geschonden of verkeerd toegepast? — Neen.

Is iedere *jure publico* geheven wordende geldelijke praestatie ten behoeve der provincie, bestemd om gedeeltelijk althans te voorzien in de uitgaven der provinciale huishouding, eene provinciale belasting, die, om wettig te zijn, de bekrachtiging vereischt der Rijks Wetgevende Magt? — Neen.

Heeft de *judex facti* te regt beslist (en is door die beslissing geenerlei wetsbepaling geschonden), dat door de woorden van het regl. van 27 Julij 1870 „de thans door de provincie geheven belastingen" alleen wordt gezien op den feitelijken toestand, onverschillig of de heffing plaats had *met* of *zonder* regt, en dat alzoo de Staten alleen hebben willen fixeren het *quantum* der contributie op het bedrag dat ten tijde der vaststelling, van het regt werd geheven? — Ja.

Kan de regter in cassatie in een onderzoek treden naar de wettigheid van vroegere heffingen, waar dit punt niet door den feitelijken regter is onderzocht? — NEEN.

Is het bedrag der heffingen door den *judex facti* overeenkomstig de wet bewezen? — JA.

Arrest van 30 Mei 1879, n° 1642, ... bladz. 195.

CODE CIVIL.

A. 542. Zie op a. 582 Burgerlijk Wetboek.

REGTERLIJKE ORGANISATIE.

A. 53 en 54, n° 2; a. 1, 436 j° 440, 430, 438 § 2, 439, 441, 456 j° 620 en 56 B.-R., en a. 1254 en 1902 B.-W.

Zijn deze wetsa. geschonden of verkeerd toegepast doordien het Hof den eischer in cassatie niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn hooger beroep tegen een vonnis, waarbij de eerste regter besliste dat de eisch tot nietig-verklaring van een bevel, waarbij gevorderd werd de betaling eener som van f 270 voor verbeurde boete, wegens gedurende 18 maanden te late of vertraagde uitvoering van een werk, de som van f 400 *niet* te boven ging, en des eischers verzet tegen het bevel (met beteekening der notariële acte, waarbij de verbeurte der boete tusschen partijen was overeengekomen) *niet* als een verzet tegen de executie, en dus ook *niet* als eene vordering van onbepaalde waarde, is te beschouwen? — NEEN.

Arrest van 13 Junij 1879, n° 1645, ... bladz. 264.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 89, 120, 1954. Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door eerstgemeld a. ook toepasselijk te verklaren als het overspel bewezen is verklaard niet bij een strafvonnis, doch alleen bij een burgerlijk vonnis van echtscheiding? — NEEN.

Arrest van 5 Dec. 1879, n° 1651, ... bladz. 325.

A. 120. Zie op a. 89.

A. 495. Is hij, wiens onder-curatele-stelling wegens verkwisting is verzocht, en voor wien krachtens a. 495 B.-W. een provisionele bewindvoerder is benoemd, bevoegd zelfstandig en zonder bijstand van dezen, verzet te doen tegen een op zijne onroerende goederen gelegd executoriaal beslag? — JA.

Arrest van 12 Dec. 1879, n° 1653, ... bladz. 333.

A. 577 en 651. Is het voor de toepasselijkheid van a. 577 B.-W. een vereischte dat de plaat, tijdens haar ontstaan, omvaarbaar is geweest? — JA.

Staat *facto* vast, dat dit juist hier het geval is geweest? — JA.
Moet, waar dit vaststaat, ieder denkbeeld van aanslijking of aanwas, als bedoeld bij a. 651 B.-W., vervallen? — JA.

Arrest van 27 Junij 1879, nº 1646, ... bladz. 273.

A. 582 jo a. 542 *C.-C.* Heeft het Hof, door te beslissen dat het eigendom van de gemeente Doesborgh op de stadsweidegronden is een privaat-regtelijke eigendom, ontkend hetzij dat er onder het fransche regt goederen bestonden waarop de bewoners van een of meer verschillende gemeeenten een verkregen regt hadden, hetzij dat zaken aan eene gemeenschap behoorende, de zoodanige zijn, die het gemeenschappelijk eigendom zijn van een zedelijk ligchaam? — JA.
Heeft het Hof, aannemende dat de weidegronden zijn het privaat eigendom der gemeente Doesborgh, in die onderstelling zeer juist aangenomen dat bezwaring of belasting van dien eigendom, vroeger en nu, alleen kon geschieden door raadsbesluit? — JA.
Stuiten de overige *in casu* aangevoerde beweringen af op des regters feitelijke beslissingen? — JA.

Arrest van 7 Febr. 1879, nº 1627, ... bladz. 56.

A. 624 en 1401. Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat het bezit van een stuk grond, zelfs ter kwader trouw, op zich zelf *geen* onregtmatige daad, maar een regtstoestand is, welke o. a. het gevolg heeft dat de bezitter bij voorraad en tot het tijdstip der geregtelijke opvordering als eigenaar wordt aangemerkt? — NEEN.

Arrest van 10 Apr. 1879, nº 1635, ... bladz. 131.

A. 651. Zie op a. 577.
A. 719. Hebben de regten en verpligtingen der geburen, in dit a. omschreven, mede-eigendom of servituut-regt tot grondslag? — NEEN.

Arrest van 17 Jan. 1879, nº 1623, ... bladz. 9.

A. 1300 en 1301. Zoo een koop en verkoop gesloten is onder eene ontbindende voorwaarde en de voorwaarde is vervuld, terwijl de goederen ondertusschen, terwijl zij onder den kooper berusten, buiten diens schuld zijn beschadigd, komt dan de schade ten nadeele van den kooper of van den verkooper? — VAN DEN VERKOOPER.
Mogen, waar de wet de risico der goederen, verkocht onder *ontbindende* voorwaarde, niet regelt, de beginselen die de wet gesteld heeft betreffende de risico der goederen, verkocht onder *opschortende* voorwaarde, worden toegepast op de *ontbindende* voorwaarde? — NEEN.
Moet elke overeenkomst, aangegaan onder ontbindende voorwaarde, zoo worden gelezen, dat zij bestaat uit twee overeen-

komsten, waarvan eene *zuiver* en eene onder opschortende voorwaarde? — NEEN.

Kan er, waar de regter de gestelde regtsvraag, bij het zwijgen der wet, heeft beslist volgens algemeene regtsbeginselen, wel worden gedacht aan schending en verkeerde toepassing van bepaalde wetsartikelen? — JA.

Is het onverschillig, wat de gevolgen betreft, bij een koop en verkoop onder ontbindende voorwaarde, of, vóór de voorwaarde is vervuld, de verkochte goederen geheel zijn verloren gegaan, dan wel alleen in waarde zijn verminderd? — JA.

Moet de bepaling van a. 1301 B.-W., dat de ontbindende voorwaarde de zaken tot den vorigen stand doet terugkeeren, zóó worden verstaan, dat de verkooper de bij den verkoop onbeschadigde zaken moet terugnemen, wanneer die onder het beheer van den kooper zijn beschadigd, met terugbetaling aan dezen van den koopprijs, met de interessen daarvan? — JA.

Moet de emballage, vracht en assurantie van de verkochte goederen, met de kosten door den kooper gemaakt op zijne reizen om de goederen voor zich weder met winst te verkoopen, ten laste komen van den verkooper of van den kooper, zoo de goederen onverkocht door den kooper worden teruggebragt? — TEN LASTE VAN DEN VERKOOPER.

Arrest van 19 Dec. 1879, n° 1655, ... bladz. 352.

A. 1307. Moet door *gestelde zekerheid* in a. 1307 B.-W. worden verstaan een behalve de hoofdverbindtenis, waarvoor het algemeen onderpand bij a. 1177 en 1178 B.-W. aan den schuldeischer is toegekend, uitdrukkelijk gestipuleerd accessoir beding waardoor de schuldeischer een zelfstandig middel verkrijgt om eventuële schade te kunnen voorkomen? — JA.

Is de beslissing, dat de schuldbrieven, die de titels van den appellant, thans eischer in cassatie, vormen geene gestelde zekerheid inhouden, geheel van feitelijken aard? — JA.

Arrest van 25 Apr. 1879, n° 1637, ... bladz. 144.

A. 1307 j° a. 778 K. Betreffen deze wetsa. alleen schulden die bestaan op het oogenblik van het faillissement, doch die op dat oogenblik nog niet kunnen worden ingevorderd? — JA.

Is a. 778, al. 2, K., voor bilaterale contracten geschreven? — *Implicité* NEEN.

Arrest van 28 Febr. 1879, n° 1630, ... bladz. 78.

A. 1354. Zie op a. 1376.

A. 1376, 1354. Is de benaming van „regtverkrijgende" toepasselijk zoowel wanneer de opvolging in de regten en verpligtingen van anderen op een privaatregtelijken titel berust, als wanneer die overgang *jure publico* plaats vindt? — JA.

Is alzoo het onderhavige waterschap, met betrekking tot de regten en verpligtingen bij het *in casu* bedoelde contract be-

dongen, opgevolgd aan de mede-contractanten, des verweerders voorgangers? — JA.

Arrest van 24 Jan. 1879, nº 1624, ... bladz. 18.

A. 1395. Moet, wanneer er bij het ten uitvoer leggen van eene tusschen partijen bestaande overeenkomst geheel of ten deele onverschuldigd is betaald, om terugbetaling te bekomen geageerd worden uit die overeenkomst, zonder dat in dat geval de *condictio indebiti* zou zijn toegelaten? — NEEN.

Is, door anders te beslissen a. 1395 B.-W. geschonden? — JA.

Arrest van 21 Mrt. 1879, nº 1633, ... bladz. 108.

A. 1401. Zie op a. 624.

A. 1527, 1540, 1541 en 1902. Hecht de wet, blijkens a 1540 en 1541 B.-W., aan de woorden „verborgen gebreken" een bepaalde beteekenis? — JA.

Volgt uit a. 1540 dat, onverschillig welke hare oorzaak zij, al die ongewone hoedanigheden van een voorwerp, welke het gewone gebruik, waartoe het bestemd is, beletten of verminderen, *gebreken* zijn? — JA.

Volgt uit de in a. 1541 voorkomende tegenstelling, dat ook in het algemeen *zigtbare* gebreken voor *verborgene* moeten gehouden worden, indien de kooper ze bij den koop niet had kunnen ontdekken? — JA.

Arrest van 7 Nov. 1879, nº 1649, ... bladz. 296.

A. 1528, 1538. Is a. 1538 B.-W. verkeerd toegepast door te beslissen, dat het nog op andere lasten ziet dan erfdienstbaarheden? — JA.

Is a. 1528 geschonden door het zóó beperkt op te vatten dat onder de daar bedoelde vrijwaring niets anders zou zijn begrepen dan de actie in a. 1538 omschreven, en eene bloote vordering tot onder-vrijwaring zou zijn uitgesloten? — JA.

Arrest van 24 Jan. 1879, nº 1625, ... bladz. 37.

A. 1538. Zie op a. 1528.

A. 1540, 1541. Zie op a. 1527.

A. 1586, nº 3. Moet des eischers vordering tot ontbinding van het contract met schadevergoeding hem worden toegewezen? — JA.

Arrest van 18 Apr. 1879, nº 1636, ... bladz. 136.

A. 1645, 1646, 1647. Zijn de feiten, waarvan den eischer het bewijs is opgelegd tot staving van zijn beweren, dat hij op bevel van den gedaagde verhinderd is geworden specie te nemen van de gronden, bij het bestek aangeduid, door de gehouden enquête voldoende bewezen? — JA.

Arrest van 3 Jan. 1879, nº 1622, ... bladz. 1.

A. 1845, al. 2. Is dit a. geschonden door te beslissen dat niet ieder verzuim des lasthebbers hem van de *actio mandati contraria* berooft? — Neen.

Arrest van 23 Mei 1879, n° 1641, ... bladz. 188.

A. 1902 en v., in verband met a. 1 en volg. der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45. Zijn door aan de eischers, uit kracht van het vonnis van de arr.-regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852, geen regt van verhaal toetekennen tegen den tegenwoordigen verweerder wegens een door de Algemeene commissie van liquidatie niet ontvangen deel van het saldo des onderwerpelijken boedels, hetzij de a. 1904, 1905, 1907, 1952, 1953 en 1954 B.-W., hetzij a. 1, 2, 3, 4, 8, 9 en 16 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, geschonden of verkeerd toegepast? — Neen.

Is het, om het gezag van een geregtelijk gewijsde te kunnen inroepen, noodig, dat de eisch niet alleen door en tegen dezelfde partijen, maar ook in dezelfde betrekking zij gedaan, en ontbreekt dit laatste vereischte *in casu*, omdat de eisch, waarop het vonnis van 3 Mrt. 1852 betrekking heeft, gedaan werd niet tegen den verweerder *in privé*, maar tegen de Schiedamsche commissie en dus tegen den verweerder *in qualiteit?* — Ja.

Zijn de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 en 1839, en de reeds bij het eerste middel aangehaalde a. van de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, geschonden of verkeerd toegepast, door te beslissen, dat de verweerder als eenig lid der Schiedamsche commissie dàn alleen jegens de eischers, uit kracht der aangevoerde wetsbepalingen, voor het beweerde niet ontvangen deel van het saldo aansprakelijk zou kunnen zijn, wanneer tevens, met betrekking tot dat te kort, van diens schuld of nalatigheid ware gebleken; en is, waar dit *niet* het geval is, die aansprakelijkheid dan ook te regt verworpen? — Ja.

Arrest van 9 Mei 1879, n° 1639, ... bladz. 158.

A. 1902. Zie op a. 1954.

A. 1902, 1961; a. 176, 177 B.-R. Kan, wanneer een gedaagde, zonder het bestaan der schuld te betwisten, zich op het te niet gaan dier schuld door betaling beroept, van bekentenis, splitsing van bekentenis, of van schending der wetsbepalingen betrekkelijk dat leerstuk sprake zijn? — Neen.

Arrest van 13 Febr. 1879, n° 1628, ... bladz. 67.

A. 1922; a. 249 B-R. Zijn de eischers, bewerende als afstammelingen van zekeren Jacques Dubois geregtigd te zijn tot diens nalatenschap, die zoude zijn gekomen in handen der voormalige Oost-Indische Compagnie, in welke regten en verpligtingen de Staat zoude zijn opgevolgd, gehouden te bewijzen,

behalve het feit hunner afstamming van DUBOIS, het overgaan van diens nalatenschap in handen der Oost-Indische Compagnie en het tegenwoordig of vroeger bezit daarvan bij den Staat? — JA.

Hebben zij dit bewijs geleverd? — NEEN.

Arrest van 12 Dec. 1879, no 1654, ... bladz. 345.

A. 1933. Zie op a. 1961.
A. 1954. Zie op a. 89.
A. 1594 en 1902. Zie op a. 53 en 54, no 2, Regterl. Organisatie.
A. 1959. Zie op a. 1961.

A. 1961, 1959; a. 1933 en 1940. Zijn deze a. geschonden en verkeerd toegepast door den eischer toe te laten de valschheid van een feit, aan de bekentenis toegevoegd, door getuigen of vermoedens te bewijzen, niettegenstaande het bedrag der gevorderde som meer dan ƒ 300 beliep? — NEEN.

Arrest van 28 Nov. 1879, no 1650, ... bladz. 305.

A. 1961. Zie op a. 1902.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

A. 17, 18, 32. Zie op a. 237 Burgerl. Regtsvordering.

A. 487, al. 2. Mag de schipper overliggeld, als huurprijs van het buitengewoon gebruik van het schip, vorderen van den geconsigneerde, die wel gedurende de ligdagen tot ontvangst bereid was, doch wiens onder in het schip liggende goederen, wegens de noodzakelijk voorafgaande lossing der bovengelegenen eerst na de ligdagen konden worden gelost, waar, gelijk *in casu*, noch bij het cognossement, noch bij de chertepartij, eenige afzonderlijke termijn voor een der geconsigneerden is bedongen of toegestaan? — JA.

Arrest van 5 Dec. 1879, no 1652, ... bladz. 327.

A. 561 en 562. Is berg- of hulpbetoon verschuldigd alléén wanneer de schepen of goederen gered zijn *uit nood*, dat is uit de gevaren der zee, en dus *niet*, waar, gelijk hier, de goederen reeds in veiligheid aan land waren gebragt vóór de hulp werd verleend? — JA.

Heeft de vervoerder regt op buitengewone vrachtbetaling waar het geldt een buitengewoon vervoer van goederen door een de vrachtvaart uitoefenend stoomschip na een inlading daarvan op eene buitengewone plaats, welke inlading buitengewone en gevaarlijke werkzaamheden van het scheepsvolk heeft veroorzaakt? — JA.

Arrest van 7 Mrt. 1879, no 1631, ... bladz. 83.

A. 717. Is a. 717 K. geschonden door met het geval, dàar

bedoeld, gelijk te stellen het feit dat op den tijd, toen de reparatien hadden moeten plaats hebben, volstrekt geene geschikte materialen te bekomen waren? — NEEN.

Komt den verzekerde, in geval het verzekerde belang door een der gevaren waartegen verzekerd is, geheel mogt te niet gaan, geheele vergoeding der geledene schade tot op het beloop der som waarvoor verzekerd is toe, niet alleen in het geval, waarin het verzekerde feitelijk geheel mogt zijn vergaan, maar dan ook, wanneer het in zoodanigen toestand mogt zijn gebragt, dat de verzekerde er geen gebruik meer van maken kan en het dus geacht moet worden voor hem niet meer te bestaan? — JA.

Kan de bewijskracht van het verslag van deskundigen voor het eerst in cassatie worden bestreden? — NEEN.

Arrest van 28 Mrt. 1879, nº 1684, ... bladz. 120.

A. 778. Zie op a. 1807 Burgerlijk Wetboek.

BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

A. 1; 436 jº 430; 438 § 2, 439, 441; 156 jº 620; en 56. Zie op a. 53 en 54, nº 2, Regterl. Organisatie.

A. 56. Is a. 56 B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door hen, die in een geding als bijzondere personen zijn opgetreden, zonder den titel, waaronder zij opkwamen, te hebben kunnen doen gelden, *in hun privé* in de kosten te veroordeelen? — NEEN.

Arrest van 16 Mei 1879, nº 1640, ... bladz. 185.

A. 176, 177. Zie op a. 1902, 1961 Burgerl. Wetboek.

A. 324. Is, waar een der gedingvoerende partijen was een collegie van kerkvoogden, door het niet hooren van het O.-M. a. 324, nº 1, B.-R. geschonden? — JA.

Arrest van 21 Febr. 1879, nº 1629, ... bladz. 73.

A. 177. Zie op a. 176.

A. 237 js a. 17, 18 en 32 K. Is a. 237 B.-R. geschonden en zijn de a. 17, 18 en 32 K. verkeerd toegepast door te weigeren dat een der besturende vennooten eener ontbonden en in liquidatie verkeerende vennootschap *niet* op vraagpunten zal worden gehoord, als zullende geen partij zijn in het regtsgeding, door eene andere in liquidatie verkeerende vennootschap, op grond van aangegane overeenkomsten ingesteld tegen de firma, waartoe de bedoelde besturende vennoot, thans evenwel niet met de liquidatie belast, vóór de ontbinding dier vennootschap heeft behoord? — JA.

Arrest van 21 Mrt. 1879, nº 1632, ... bladz. 97.

A. 249. Zie op a. 1922 Burgerl. Wetboek.

A. 334. Kan de vraag of al dan niet te regt berusting door

den regter in appel was aangenomen of ontkend, in cassatie worden onderzocht, wanneer zijne beslissing op regtskundige waardering der feiten is gegrond? — JA.

Heeft de regtb. a. 334 Sg geschonden door te beslissen dat berusting door passieve tegenwoordigheid bij het afleggen van een aan de wederpartij opgelegden suppletoiren eed, *wel* mogelijk is in ééne interlocutoire beslissing, doch *niet* in een zoogenaamd voorwaardelijk eindvonnis? — JA.

Is de regter in cassatie bij magte ten principale over de berusting te beslissen, waar de regtb., ten gevolge van de door haar aangenomen regtsbeschouwing, zich onthouden heeft van de oplossing der vraag of, aangenomen de mogelijkheid der berusting, deze al of niet moet geoordeeld worden *in casu* te hebben plaats gehad? — NEEN.

Arrest van 31 Jan. 1879, n° 1626, ... bladz. 47.

A. 771—777 en 782. Behooren tot de in a. 771 B.-R. bedoelde rekenpligtigen die nalatig zijn in het doen van rekening, niet alleen diegenen welke geene rekening aanbieden, maar ook allen wier rekening niet wordt goedgekeurd en die dan in gebreke blijven krachtens a. 782 B.-R. tot opneming en sluiting te ageren? — JA.

Behoort a. 777 B.-R. tot de regeling der te volgen procedure wanneer het bij den onderwerpelijken titel van Burg. Regtsv. bedoeld geding overeenkomstig dien titel wordt gevoerd, en mist het derhalve alle toepasselijkheid, waar, zooals hier, enkel de reden is van een buiten regten overgelegd stuk? — JA.

Arrest van 13 Junij 1879, n° 1644, ... bladz. 258.

A. 772—777 en 782. Zie op a. 771.

ONTEIGENING TEN ALGEMEENEN NUTTE. — WET VAN 28 AUG. 1851, *St.* n° 125.

Is in zake van onteigening het beroep in cassatie alleen toe gelaten tegen het eindvonnis? — JA.

Is de beslissing dat de omlegging van den spoorweg Zwolle—Almelo naar Deventer, tot welke omlegging het perceel van den eischer van cassatie benoodigd was, moet worden beschouwd als een integrerend deel van het werk, waarvan door de wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109, het algemeen nut is verklaard, van feitelijken aard en het tegen die beslissing aangevoerde middel van cassatie reeds daarom onaannemelijk? — JA.

Is aan a. 10 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, voldaan, wanneer het voorstel van wet tot verklaring van het algemeen nut alleen aanwijst den aard en de strekking, zoomede de hoofdpunten ter bepaling der algemeene rigting van het werk? — JA.

Arrest van 30 Julij 1879, n° 1647, ... bladz. 282.

WEES- EN MOMBOIRKAMERS. — WET VAN 5 MRT. 1852, *St.* n° 45. — KON. BESLUITEN VAN 1 APR. 1835, *St.* n° 5 EN 14 SEPT. 1852, *St.* n° 45.

Zie, in verband met a. 1 en v. der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, op a. 1902 en v. Burgerl. Wetboek.

PROVINCIALE WET VAN 6 JULIJ 1850, *St.* n° 39.

A. 116, 117, 138. Zie op a. 192 Grondwet.

WATERSCHAPS-REGLEMENT DER PROVINCIE GRONINGEN v. 1870—1874.

Zie op a. 192 Grondwet.

MILITAIRE TRANSPORTEN TE WATER. — OVEREENKOMST HOUDENDE DE VOORWAARDEN VAN AANBESTEDING, VAN 5 AUG. 1873.

A. 44, al. 1. Is bij het arr. in eersten aanleg met juistheid beslist dat de ministeriële beschikking van 12 Febr. 1875 *niet* bevat een oordeel over den eisch tot schadevergoeding, gelijk die in eersten aanleg aanhangig is gemaakt en over de feiten daaraan ten grondslag liggende? — JA.

Belet a. 44 der tusschen partijen bestaande overeenkomst van 15 Aug. 1873 dat, ook na de beschikking van den exceptionnelen regter, alsnog bij den burgerlijken regter een vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van gemelde overeenkomst wordt aanhangig gemaakt? — NEEN.

Arrest van 2 Mei 1879, n° 1638, ... bladz. 150.

KOLONIALE APPELLEN. — *WEST-INDIE.*

A. 119 en 124. Reg.-reglement v. Suriname. — Publicatie v. d. Gouv.-gen. v. Ned. West-Indie v. 22 Febr. 1841, *Gouv.-bl.* n° 3.

Is de regterlijke magt bevoegd te beoordeelen of de uitvoerende magt, aan wie bij wettelijke verordening is overgelaten omtrent kortingen op tractementen van ambtenaren naar goedvinden te beslissen, te regt of ten onregte heeft gehandeld? — JA.

Arrest van 6 Junij 1879, n° 1643, ... bladz. 245.

A. 9 der Verordening van 3 Febr. 1874 (*Gouv.-bl.* n° 3). Wordt bij dit a. wel aan den bekeurde het regt gegeven om de geregtelijke vervolging te voorkomen door vrijwillige betaling binnen genoemden termijn, maar is ergens voorgeschreven dat het O.-M. niet-ontvankelijk zou zijn in zijne vervolging, indien het vóór den afloop daarvan dagvaardt? — NEEN.

Arrest van 6 Oct. 1879, n° 1648, ... bladz. 290.

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

No 1622. — Arrest v. 3 Jan. 1879.

(A. 1645, 1646, 1647 B.-W.)

Zijn de feiten, waarvan den eischer het bewijs is opgelegd tot staving van zijn beweren, dat hij op bevel van den ged. verhinderd is geworden specie te nemen van de gronden bij het bestek aangeduid, door de gehouden enquête voldoende bewezen? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De eischer, aannemer van het maken van een gedeelte van den Staatsspoorweg Breda—Rotterdam, beweerde bij de oorspronkelijke dagvaarding, dat hij van den Staat te vorderen had, 1° eene som van ruim *f* 262,000 voor eene hoeveelheid rivierzand, die hij bij het werk meer had moeten bezigen, dan waartoe hij door de overeenkomst van aanneming gehouden was, 2° eene som van *f* 11,322.92, omdat door het wijken van den grondslag en het zich opzetten van den grond aan de zijden der baan, de voor de kleibekleeding noodige specie niet aan den voet van het werk, in de onmiddellijke nabijheid is genomen, maar van verder af is moeten aangevoerd worden.

„De eisch omtrent het bezigen van eene grootere hoeveelheid rivierzand werd ontzegd bij arr. van 29 Junij 1875 (alleen te vinden bij v. d. Hon., *B.-R.* XL, 75), welk arr. te dien aanzien in revisie werd bevestigd bij arr. van 23 Junij 1876 (v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 336; *N. Rspr.* CXIII, 146).

„Wat de kleihaling betreft had de Staat zich in het algemeen bepaald tot het antwoord, dat bij de overeenkomst geen afstand voor kleihaling was aangegeven, en dat de gedaagde zich ook niet voor kosten van kleihaling had aansprakelijk gesteld. De H.-R. was echter bij eerstgemeld arr. van oordeel, dat volgens § 8, 14e lid, van het bestek bepaaldelijk plaatsen waren opgegeven waar de klei voor de kleibekleeding mogt genomen worden, en wel uit de te graven slooten, en daar, waar dit op de gewaarmerkte grondkaart met dwarsprofielen was aangegeven.

„Daar evenwel door den gedaagde niet was overgelegd de grondkaart, waarnaar in de voormelde bepaling van het bestek werd verwezen, en de Staat ook het stilzwijgen bewaarde omtrent de klagt, dat slooten op last van de directie niet hadden mogen gegraven worden, achtte de H.-R. de vraag nog niet te beantwoorden of de eischer door den ged. verhinderd was (zooals hij beweerde) klei te nemen van de gronden bij het bestek aangeduid en liet daarom den eischer toe tot het bewijs der navolgende daadzaken: 1° dat, nadat op het gedeelte der lijn, waarvan de rede, door zamen- en wegpersing van den grond, de bermen waren opgeligt, zij in dien staat op last van de directie hebben moeten worden gelaten; 2° dat een gedeelte der volgens het bestek aan te leggen slooten op last van de Directie niet zijn gegraven; 3° dat de eischer ten gevolge van die bevelen, genoodzaakt is geweest voor de kleibekleeding 11,230 cubieke meter grond van verder aan te voeren

dan van de plaatsen waar het hem, volgens het bestek, veroorloofd was zich klei te verschaffen en dat daardoor *f* 11,322.92 meer kosten zijn veroorzaakt.

„Bij de enquête dientengevolge gehouden heeft de procureur van den ged. verklaard, dat van wege den Staat werd gecompareerd onder uitdrukkelijke reserve van het regt om eene voorziening in revisie in te stellen.

„Bij de contra-enquête werd namens den Staat de bovenvermelde grondkaart overgelegd.

„Thans geloof ik, dat genoegzaam licht over de zaak is verspreid om die in haar geheel te kunnen beoordeelen.

„Uit de verklaringen der twee eerste getuigen van de contra-enquête, in verband met de grondkaart, is nu gebleken, dat de eischer volstrekt niet verhinderd is geweest in het uitgraven van klei, op de plaatsen, bedoeld bij § 8, al. 14, van het bestek, en dat die ook is uitgegraven.

„Voorts is gebleken, zooals het ook thans *in confesso* is, dat een gedeelte der slooten, op het bestek aangegeven, op last der Directie *niet* zijn gegraven.

„De eerste getuige der contra-enquête begrootte de hoeveelheid klei, die de slooten, wanneer zij gegraven hadden kunnen worden, zouden hebben opgeleverd, op 6 à 7000 cub. meter, en de kosten, die het aanbrengen van klei van verderen afstand had teweeg gebragt op 75 cents per kub. meter, en nu beperkt de eischer, wat de kleibekleeding betreft, den eisch tot de klei, die is aangevoerd moeten worden, omdat een gedeelte der slooten niet gegraven kon worden, en vermindert den eisch tot *f* 4875.

„Ook al kon als bewezen worden aangenomen, dat de aanvoer van klei die som heeft gekost, is de verminderde eisch, meen ik, niet geregtvaardigd.

„Het is toch niet ten gevolge van een gril van de Directie, dat de bedoelde slooten niet zijn gegraven, maar dezelfde

oorzaak, die aanleiding heeft gegeven, dat een zeer veel grootere hoeveelheid rivierzand moest aangebragt worden dan de aannemer had berekend, is ook die geweest van den meer kostbaren aanvoer van klei, nl. de toestand van den grond, ten gevolge waarvan de gegraven slooten werden digtgeperst en de bermen opgeligt.

„De eerste getuige van de contra-enquête geeft dan ook uitdrukkelijk als oorzaak van het verder af halen van de klei op: „de toestand van den weg" (lees *den grond*) en van de getuigen, door den eischer zelven voorgebragt, verklaarde de derde: „verder ontgraven van slooten was *on-* „*mogelijk*, omdat de bermen in de lucht rezen," en de vierde: „het graven der slooten is belet, door wien weet ik niet, „maar tevens door de oppersing van den grond."

„Het zoogenaamde bevel van de Directie schijnt mij dan ook meer toe te zijn een door de omstandigheden geboden, *gedoogen* dat de in het bestek aangegeven slooten niet allen gegraven werden, in het belang van het werk, maar ook in het belang van den aannemer, daar vernieuwde verzakking van de baan, daarvan het noodzakelijk gevolg moest zijn.

„Die tegenspoed heeft meerdere kosten veroorzaakt, maar hier is ook m. i. ten volle toepasselijk de overweging van het arr. in revisie dat: „al moge eene overeenkomst als „hier is aangegaan als huur en verhuur van arbeid zijn „aan te merken, daaruit geenszins volgt, dat de partij, „welke daarbij als verhuurder optreedt, niet voor hare „rekening zou mogen nemen elken tegenspoed, welke met „betrekking tot de werkzaamheden zelven, de aan te wenden „materialen of den bodem kan worden ondervonden, terwijl „juist het door den aannemer op zich nemen van dat risico „tot het wezen behoort van de zoogenaamde aanneming „*à forfait*, waarvan bij de a. 1645, 1646 en 1647 B.-W. „wordt gehandeld."

„En mogt men in het bevel zien eene verandering van het bestek, die tot vermeerdering van kosten aan materialen heeft aanleiding gegeven, dan nog zoude met het meergemelde arr. in revisie te zeggen zijn: „dat de „vordering reeds daarom zou moeten worden afgewezen, „omdat ontbreekt de bij a. 1646 tot zoodanig bijwerk ge„vorderde schriftelijke bewilliging en nadere overeenkomst „over den prijs daarvan, terwijl bovendien volgens het aan„gegane contract zelf, bevel of goedkeuring van den Min. „v. Binnenl. Z. wordt vereischt voor elke afwijking der bepa„lingen van het bestek, en bij gebreke daarvan, naar luid „van a. 33, § 212, al. 5, ten aanzien van de grondwerken, „de gebouwen en andere zaken, voor welke geene hoeveel„heid van te verwerken grondstoffen is bepaald, geene „afrekening plaats heeft."

„Ik meen derhalve te moeten concluderen, dat aan den eischer zal worden verleend acte, dat hij zijn eisch vermindert tot een bedrag van *ƒ* 4875, voorts tot ontzegging van dien verminderden eisch, met veroordeeling van den eischer in de kosten, ook in die, welke bij het arr. van 29 Jan. 1875 zijn gereserveerd."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Ten aanzien der daadzaken:

„zich gedragende naar hetgeen daaromtrent opzigtens de thans in aanmerking komende vordering is overwogen bij 's Raads arr. van 29 Jan. 1875, en wijders:

„O., dat de eischer bij voornoemd arr. ten aanzien zijner toenmalige incidentele vordering tot bewijslevering, voor zoover die betreft zijne principale vordering tot betaling van *ƒ* 11,322.92, wegens meerdere kosten voor het aanbrengen van klei, dan wanneer de eischer die in de onmiddellijke nabijheid van het werk had mogen nemen, is toegelaten door alle middelen regtens, en bepaald door getuigen,

te bewijzen drie bij hetzelve arr. gearticuleerde feiten;

„O., dat uit krachte en ter uitvoering van dat arr., blijkens daarvan opgemaakte en ten processe overgelegde processen-verbaal, hebben plaats gehad twee getuigenverhooren, en wel een ten verzoeke des eischers op 31 Jan. 1878, en een ten verzoeke des gedaagden op 4 Apr. daaraanvolgende;

„O. dat, vervolgens zijnde voortgeprocedeerd, de gedaagde bij op 16 Apr. 1878 beteekende conclusie, met volharding bij zijne oorspronkelijk genomen conclusie van antwoord, beteekend op 11 Apr. 1873, heeft geconcludeerd tot nietontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging van des eischers vordering en veroordeeling in de kosten;

„O., dat de eischer daarna bij op 12 Aug. 1878 beteekende conclusie zijne principale vordering, zoo als die hierboven is omschreven, met verzoek van verleening van acte daarvan, heeft verminderd tot de som van ƒ 4875, en heeft doen concluderen tot toewijzing dier som en tot veroordeeling van den gedaagde bij 's Raads arr., uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of beroep in revisie, tot betaling van voorzegde som, met bijvoeging der interessen tegen 5 ten honderd 's jaars sedert de dagvaarding, en in de kosten van het proces, welke bij 's H.-Rs arr. van 29 Jan. 1875 zijn gereserveerd, en in die welke daarna zijn gevallen;

„O., dat na het voldingen der zaak deze over en weder is bepleit;

„Wat het regt betreft:

„O., dat de eischer bij 's Raads interlocutoir arr. van 29 Jan. 1875 is toegelaten tot het bewijs door alle middelen regtens, bepaald door getuigen der navolgende daadzaken: 1o dat, nadat op het gedeelte der lijn, waarvan de rede, namelijk tusschen de piketten 111 en 125, door zamen- en

wegpersing van den grond de bermen waren opgeligt, zij in dien staat op last van de directie hebben moeten worden gelaten; 2° dat een gedeelte der volgens het bestek aan te leggen slooten, op last van de directie niet zijn gegraven, en 3° dat de eischer, ten gevolge van die bevelen, genoodzaakt is geweest voor de kleibekleeding 11,230 kubieke meters grond van verder aan te voeren dan van de plaatsen waar het hem volgens het bestek veroorloofd was, zich klei te verschaffen, en dat daardoor *f* 11,322.92 meer kosten zijn veroorzaakt;

„O., dat die toelating tot bewijslevering is gelast, op grond dat bovenvermelde daadzaken zijn geoordeeld afdoende en mitsdien, bewezen zijnde, moetende leiden tot toewijzing der ingestelde vordering, toen strekkende tot betaling door den ged. van *f* 11,322.92, wegens meerdere kosten voor het aanbrengen van klei, dan wanneer de eischer die in de onmiddellijke nabijheid van het werk had kunnen nemen;

„O., dat de eischer na afloop der krachtens 's Raads interlocutoir arr. gehouden getuigenverhooren, zijne vordering heeft verminderd tot de som van *f* 4875, en zulks nu alleen tot vergoeding der schade, door hem geleden ten gevolge van het door de directie gedaan verbod om een gedeelte der volgens het bestek aan te leggen slooten te graven, door welk verbod de eischer is genoodzaakt geweest eene hoeveelheid van 6 à 7000 kubieke meters specie van verder af aan te voeren, waarvan de kosten kunnen worden begroot op *f* 0.75 per kubieke meter;

„O., dat het mitsdien alsnu de vraag is, of en in hoeverre door de gehouden getuigenverhooren zijn bewezen de bij 's Raads interlocutie gearticuleerde daadzaken, voor zoover die betreffen de verminderde en thans alleen in aanmerking komende vordering, en dus met uitsluiting van de eerste dier daadzaken, de twee overigen opzigtens het verboden

graven der slooten en de alleen daardoor veroorzaakte aanvoer van specie van elders en verder af;

„O. daaromtrent, en dus in de eerste plaats het niet graven van een gedeelte der slooten in strijd met het bestek, en wel ter ten processe aangeduide plaats: dat dit feit is bewezen door de verklaringen van al de gehoorde getuigen;

„O. wijders, wat aangaat het door de directie daartoe gegeven bevel, dat ook dit feit is bewezen zoowel door de verklaring van den bij het eerste getuigenverhoor (dat van 31 Jan. 1878) gehoorden eersten getuige als door de verklaringen der 3 op 4 Apr. 1878 gehoorde getuigen;

„O. wat aangaat de hoeveelheid van elders aangevoerde specie en de daardoor veroorzaakte kosten, dat daaromtrent is afdoende de verklaring van den eersten bij het tweede getuigenverhoor gehoorden getuige, nu ook bovendien des eischers opgaaf aangaande een en ander van gedaagde's wege niet is bestreden;

„O., dat mitsdien zijn bewezen de bij interlocutoir arr. gearticuleerde daadzaken, voor zoover die betreffen de vordering zoo als die vordering in zooverre moet worden toegewezen;

„O., dat er tot de gevorderde voorloopige uitvoerbaarheid van dit arr., niettegenstaande verzet of revisie, noch naar de a. 52 en 53 B.-R., noch naar eenige andere bepaling der wet termen bestaan;

„Verleent den eischer acte van de vermindering zijner oorspronkelijke vordering;

„Wijst die verminderde vordering toe;

„Veroordeelt den ged. om aan den eischer te betalen de som van *f* 4875, met de interessen dier som tegen 5 ten honderd 's jaars sedert de dagvaarding, en in de kosten van het proces, welke bij 's Raads arr. van 29 Jan.

1875 werden gereserveerd, en in die welke daarna zijn gevallen."

No 1623. — Arrest v. 17 Jan. 1879.

(A. 719 B.-W.)

Hebben de regten en verpligtingen der geburen, in dit a. omschreven, mede-eigendom of servituutregt tot grondslag? — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Volgens de tweede overw. van het beklaagde arr., staat feitelijk vast, dat over een perceel land, sectie A no. 179, *toebehoorende aan den nu eischer*, wiens landerijen aan die der verws palen, een weg ligt, die door den eischer en de verws, evenals door hunne voorgangers sedert onheugelijke jaren plagt te worden gebezigd tot uitweg van hunne landerijen naar den publieken weg; dat die door partijen gebruikte weg zich verder, *ook op het land van den eischer in cassatie*, in twee armen splitst, waarvan de een noordwaarts loopt over de perceelen sectie A no 178 en 185, en de andere westwaarts loopt over de perceelen sectie A no 178 en 177; dat een dier armen door de verws sub no 1 en de andere door de verws sub no 2 met den eischer gebezigd wordt, om van hun land op den openbaren weg te komen; dat eindelijk, aan het einde van perceel no 179 zich een dam naar den openbaren weg bevond en dat de eischer dien dam heeft weggegraven. De eisch, strekkende tot herstelling van dien weggegraven dam, werd in eersten aanleg ontzegd, maar bij het nu aangevallen arr. toegewezen.

„Het eenig tegen dit arr. aangevoerde *cassatie-middel* luidt: verkeerde toepassing van a. 719 en schending van de a.

625, 626, 627, 746, laatstgenoemd a. in verband met a. 733 en 724, allen B.-W., door het enkele feit, dat een geheel op het land van den eischer liggende en dus wat den eigendom betreft, *niet* gemeene weg, sedert onheugelijke jaren mede tot uitweg gebruikt wordt voor het land der wederpartijen, voor de toepasselijkheid van a. 719 B.-W. voldoende te verklaren en den eischer diensvolgens ten behoeve der wederpartijen in de vrije beschikking over zijn eigendom te belemmeren, terwijl deze wederpartijen geen regt daarop bewezen hebben, maar alleen een genot van uitweg, hetwelk, zelfs bij voortzetting gedurende onheugelijke jaren, volgens de uitdrukkelijke bepaling van het aangehaald a. 746, niet als grond van regtsverkrijging kan worden ingeroepen.

„Het komt hier voornamelijk aan op a. 719 B.-W. Is dit verkeerd toegepast, dan zijn de overige a. allen in meerdere of mindere mate geschonden.

„De vraag is, wat beduiden de woorden van dat a.: „voetpaden, dreven of wegen aan verscheiden geburen „gemeen?"

„Ziet dit op een gemeenschappelijk *eigendom* of heeft men daarbij alleen het oog op het feitelijk gemeenschappelijk gebruik van een strook gronds als voetpad, dreef of weg? Die vraag is niet nieuw en groot is het verschil van gevoelen daarover, en ik geef gaarne toe, dat die voor verschillende oplossing vatbaar is.

„De gronden, welke men bijbrengt voor de opvatting, dat bij het a. niet alleen gedoeld wordt op wegen, dreven en voetpaden, die het gemeenschappelijk *eigendom* zijn van de eigenaren der aanliggende erven, maar dat daarbij tevens bedoeld worden die wegen, dreven en voetpaden, waarvan, gelijk *in casu*, het enkel gebruik *gemeen* is voor allen, en geheel onafhankelijk van den ondergrond, welke gronden

ook grootendeels die zijn waarop de beslissing van het Hof steunt, zijn deze: dat het a. voorkomt niet in den derden titel van het 2e boek van het B.-W., waarin over eigendom gehandeld wordt, maar wel in den vierden titel van hetzelfde boek, waarin alleen sprake is van de regten en verpligtingen van eigenaars van naburige erven, waarvan de regeling kennelijk haren grond vindt in feitelijke toestanden, en strekt om die toestanden onafhankelijk van den wil van eigenaren of individuele naburen ten hunnen gemeenschappelijken gerieve te doen eerbiedigen, en te handhaven, zoolang niet alle de belanghebbende geburen hunne toestemming geven tot verlegging, vernietiging of aanwending tot een ander gebruik; dat voorts het a. bij eene andere opvatting geheel en al overtollig zoude zijn, daar het ook, zonder een bepaald voorschrift der wet zal vaststaan, dat een mede-eigenaar zonder toestemming der overige eigenaren en dus op eigen gezag een in eigendom gemeenen weg niet mag verleggen, vernietigen of tot een ander gebruik brengen; eindelijk, dat het a., wanneer men het opvat in den zin, dat daarin van mede-eigendom sprake is, naauwelijks een redelijken zin oplevert, daar het niet wel begrijpelijk is hoe een mede-eigenaar van een weg, welks grond aan meerderen gemeen is, dien gemeenen weg, dus ook den grond waarover die loopt, zou kunnen verleggen.

„Ik geloof, dat de beslissing van den H.-R. bij arr. van 3 Jan. 1845 (v. D. HON., *B. R.* VI, 248 volgg.; *N.-Rspr.* XIX, 275) geheel in overeenstemming is met de meening van het Hof. Wel heeft de eischer beweert, dat dit arr. betrekking had op een ander geval, nl., dat er toen sprake was van een weg, die in zooverre gemeen eigendom was, dat die *pro diviso* aan de eigenaren der verschillende achter elkander liggende gronden toebehoorde. Dit wordt echter

weêrsproken door de conclusie van den toenmaligen eischer in cassatie (v. d. Hon. *ll.*, bl. 255), waarbij geconstateerd wordt, dat het *in confesso* is, dat het land, waarover men beweerde met wagen en paard te mogen rijden, aan den eischer in cassatie toekwam. Men zie voorts de aan dit arr. voorafgegane conclusie van Mr. v. Maanen, wiens redenering grootendeels met die van het Hof overeenstemt. Die meening wordt ook geheel gedeeld door Mr. A. de Pinto, *B.-W.* (5e uitgave) § 424, bl. 293; zoo het schijnt ook door Prof. Diephuis, *Ned. B-.Regt*, III, § 667, bl. 276, die althans niet tot vereischte stelt, dat *alle* naburen, die den weg gebruiken, deel hebben in den eigendom.

„Een ander gevoelen is toegedaan Mr. G. M. v. d. Linden, in *Themis*, VI volgg., die aan onverdeeld eigendom wil gedacht hebben; evenzoo Prof. Opzoomer, *ib.* III, 358.

„Ik meen mij te moeten vereenigen met de zienswijze van het Hof, en wil nog met een enkel woord de bezwaren, die daartegen zijn ingebragt, bespreken.

„De uitdrukking *gemeene weg* wijst m. i. volstrekt niet op eigendom van den grond, waarover de weg loopt. Het woord *weg* duidt iets onligchamelijks aan, dat zich door het gebruik openbaart.

„Zoo bestaan er zeer vele publieke voetpaden en wegen over gronden, aan particulieren toebehoorende.

„Evenzeer kan men, afgescheiden van den grondeigendom, spreken van een weg aan verschillende personen gemeen, in dien zin, dat zekere strook gronds gemeenschappelijk als weg gebruikt wordt. Daardoor vervalt dan ook het argument, dat de eischer meent te kunnen trekken uit verschillende bepalingen in den titel: over de nabuurspligten, waar wordt gesproken over *gemeene* objecten in dien zin, dat daaronder gemeen *eigendom* moet worden verstaan, want het betreft daar altijd ligchamelijke zaken.

„De eischer in cassatie meent, dat bij 's Hofs opvatting, de uitdrukking „aan verschillende geburen gemeen, en welke „hun tot een uitweg dienen," geen goeden zin zoude hebben, omdat dit dan eene herhaling zoude zijn van hetzelfde begrip. Ik kan dit niet inzien. De wegen, dreven en voetpaden moeten niet alleen tot gemeenschappelijk gebruik strekken voor verschillende geburen om onder de bepaling van a. 719 te vallen, maar zij moeten ook tot een uitweg dienen, dat is langs dat voetpad of dien weg moet men den openbaren weg bereiken. De vraag of een weg tot uitweg dient, is geheel onafhankelijk van die of alleen het *gebruik* dan wel ook de *eigendom* van den weg gemeen moet zijn.

„Een argument tegen de leer van het Hof, dat men zeer laat gelden, en werkelijk ook niet van gewigt ontbloot is, is dit, dat zoodoende *virtu aliter* in strijd met a. 746 B.-W. zonder titel een niet voortdurend servituut wordt gevestigd.

„Ik antwoord hier echter op, dat hier niet zoo zeer sprake is van een weg, dienende tot gebruik van een erf van een anderen eigenaar, maar dienende tot gemeenschappelijk gebruik van verschillende buren, daaronder begrepen de eigenaar van den grond.

„Bovendien a. 719 behoort, zooals ik reeds opmerkte, tot de bepalingen over de regten en verpligtingen die tusschen eigenaren van naburige erven bestaan, en die o. a. zooals a. 672 het uitdrukt, voortvloeijen uit de natuurlijke ligging. Sommige van die regten mogen veel overeenkomst hebben met servituten, de wetgever heeft die nevens de dienstbaarheden willen laten bestaan en afzonderlijk geregeld. De Minister VAN MAANEN drukte dit in zijne „Pro memoria" aldus uit: dat men zorgvuldig had afgescheiden al wat een eigenlijk servituut vormt, en zoodanige regten en pligten, welke door de ligging der plaatsen geboren wordt, en eerder als eene wijziging van eigendomsregten dan wel als dienst-

baarheden kunnen beschouwd worden. (Men zie NOORDZIEK, *Gesch. der Beraadslagingen*, zittingjaar 1823—1824, II, bl. 56; zie ook D. Fockema, NOORDZIEK 1822—1823, I, 69.)

„En wanneer men, om de moeijelijkheden te ontgaan, die te weeg gebragt worden door a. 719 te laten slaan op wegen, die *onverdeeld* gemeenschappelijk eigendom zijn, beweert, dat het a. bedoelt, wegen, die bestaan uit eene reeks stukken gronds, die ieder een bijzonderen eigenaar hebben, dan ziet men m. i. over het hoofd, dat men in dat geval met hetzelfde regt kan zeggen, dat er eene reeks erfdienstbaarheden wordt geboren, dat in ieder geval de eigenaar van het aan den openbaren weg grenzende erf, zich met hetzelfde regt kan beklagen, dat er *virtualiter*, zonder titel een servituut van weg op zijn grond wordt gevestigd.

„Ik vermeen te moeten concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de eischer als *eenig cassatie-middel* heeft aangevoerd: verkeerde toepassing van a. 719 en schending van de a. 625, 626, 627 en 746, laatstgenoemde wetsbepaling in verband met de a. 733 en 724, alle B.-W., door het enkele feit, dat een geheel op het land van den eischer liggende, en dus, wat den eigendom betreft, niet gemeene weg, sedert onheugelijke jaren mede tot uitweg gebruikt wordt voor het land der wederpartijen, voor de toepasselijkheid van a. 719 B.-W. voldoende te verklaren, en den eischer dienvolgens ten behoeve der wederpartijen in de vrije beschikking over zijn eigendom te belemmeren, terwijl deze wederpartijen geen *regt* daarop bewezen hebben, maar alleen een *genot* van uitweg, hetwelk, zelfs bij voortzetting gedurende onheugelijke jaren, volgens de uitdrukkelijke bepaling van het aangehaalde a. 746, niet als grond van regtsverkrijging kan worden ingeroepen;

„O., dat het, volgens de feitelijke beslissing van het bestreden arr., tusschen partijen buiten geschil is, dat over een perceel land, sectie A, no 179, toebehoorende aan den eischer, wiens landerijen aan die der verws palen, een weg ligt, die door de verws en den eischer even als door hunne voorgangers, sedert onheugelijke jaren plagt te worden gebezigd tot uitweg van hunne landerijen naar den publieken weg; dat die door partijen gebruikte weg zich verder ook op het land van den eischer in twee armen splitst, waarvan de een noordwaarts loopt over de perceelen, sectie A, ns 178 en 185, en de andere westwaarts over de perceelen, sectie A, ns 178 en 177;

„dat een dier armen door den eersten verw. en de andere door de tweede verws met den eischer gebezigd wordt om van hun land op den openbaren weg te bekomen;

„dat eindelijk aan het einde van perceel no 179 zich een dam naar den openbaren weg bevond, en dat de eischer dien dam heeft weggegraven;

„O., dat de stelling van den eischer ter bestrijding van het arr., waartegen het beroep in cassatie is gedaan, daarin bestaat, dat a. 719 B.-W. alleen toepasselijk zoude zijn op gevallen, waarin de wegen, voetpaden en dreven zijn de gemeenschappelijke *eigendom* van de buren; dat anders een servituut zoude worden gevestigd, in strijd met de bepaling der wet, welke verbiedt, dat *niet* voortdurende erfdienstbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen, en dat daardoor tevens inbreuk zoude worden gemaakt op de voorschriften der wet, welke het regt van eigendom beschermen;

„O. dienaangaande, en wel in de eerste plaats, wat de *bewoordingen* van meergemeld a. 719 betreft, dat, ofschoon de wetgever in den titel, waarin die bepaling gevonden wordt, meermalen de uitdrukking *gemeen zijn* van voorwerpen bezigt, om daarmede te kennen te geven, dat zij

zijn een gemeenschappelijk *eigendom* van meerderen, desniettemin de woorden van het wetsa. „voetpaden, dreven „of wegen aan verscheiden geburen gemeen en welke hun „tot eenen uitweg dienen," naar het taalgebruik evenzeer de beteekenis dulden van voetpaden, dreven en wegen, die als *zoodanig* (dat is als *weg*, onafhankelijk van den eigendom van den grond, welke dien weg draagt) bestemd is voor het *gemeenschappelijk gebruik* der geburen, en hun *daarenboven* tot *uitweg* strekt; met welke laatstgemelde beteekenis de overige bewoordingen van het wetsa. in zooverre in meerdere overeenstemming zijn dan met de eerstgemelde; dat het *verleggen* en vernietigen veeleer op een *weg*, die door meerdere wordt gebruikt, dan op een *grond* in gemeenen eigendom slaat, terwijl het opmerking verdient, dat in a. 715 gesproken wordt van den *gemeenen* weg of de *gemeene* vaart, in dien zin dat die weg en vaart dienen ten gebruike van allen, evenals *la voie publique* in a. 682 *C.-N.*, en niet om daarmede gemeenschappelijken *eigendom* aan te duiden;

„O., dat dus de *woorden* der wetsbepaling niet duidelijk genoeg zijn om het geschil te beslissen in den zin van den eischer, maar ook niet in dien van het arr., zoodat de vraag rijst, welke naar de *bedoeling* des wetgevers de strekking van a. 719 moet geacht worden te zijn;

„O., ter beantwoording van die vraag, dat in den 4n titel van het 2e boek B.-W., handelende van de regten en verpligtingen tusschen eigenaars van naburige erven, wèl *eensdeels* voorschriften worden gevonden om de wijze van uitoefening van het eigendomsregt ten aanzien van zaken, die den geburen in gemeenschappelijken eigendom toebehooren, alsmede het beheer en gebruik daarvan te regelen, zooals de a. 611, 704, 706, 710 enz., maar ook *anderdeels* om te voorzien in de behoeften, welke uit de onderlinge

plaatselijke gesteldheid van naburige erven voortvloeijen, zonder dat die behoeften zaken in gemeenen eigendom tot onderwerp hebben;

„O., dat tot deze laatste soort van wetsbepalingen onder anderen behooren de a. 715 en volg., welke hunnen oorsprong verschuldigd zijn aan de behoefte van de eigenaren van de ingesloten landen aan een toegang tot den gemeenen weg, ter voldoening aan welke behoefte hun een *regt* op het erlangen van een uitweg door de wet wordt toegekend, en aan de geburen, wier erven den toegang tot den gemeenen weg belemmeren, de *verpligting* om den uitweg te verleenen wordt opgelegd;

„dat, nadat de a. 715 tot en met 718 de wijze hebben geregeld, waarop de eigenaren der ingesloten landen hun regt tot het erlangen van een uitweg kunnen doen gelden, de strekking van het daarop volgende a. 719 is, om dáár, waar reeds uitwegen tot het gemeenschappelijk gebruik der geburen bestemd gevonden worden, die bestaande toestanden te handhaven en te bestendigen, en dat derhalve de regten en verpligtingen der geburen, in die wetsbepaling omschreven, noch *mede-eigendom*, noch *servituut-regt* tot grondslag hebben, maar voortvloeijen uit de geheel speciale voorschriften, welke de wetgever ten aanzien van de eigenaren van naburige erven heeft vastgesteld, welke in a. 719 eene wettelijke beperking van het eigendomsregt medebrengen, door het handhaven van een last, welke, ofschoon eenige overeenkomst hebbende met servituut, evenwel niet als zoodanig is te beschouwen;

„dat mitsdien a. 719 B.-W. met juistheid door het Hof is toegepast, en bijgevolg ook de a. 625, 626 en 627, noch ook a. 746, in verband met de a. 733 en 724 van hetzelfde Wetboek, zijn geschonden, zoodat het voorgestelde *middel* is ongegrond;

„Verwerpt den eisch in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten.”

N° 1624. — Arrest v. 24 Jan. 1879.

(A. 1376 en 1354 B.-W.)

In de benaming van „regtverkrijgende” toepasselijk zoowel wanneer de opvolging in de regten en verpligtingen van anderen op een privaatregtelijken titel berust, als wanneer die overgang jure publico *plaats vindt?* — JA.

Is alzoo het onderhavige waterschap, met betrekking tot de regten en verpligtingen bij het in casu *bedoelde contract bedongen, opgevolgd aan de mede-contractanten, des verweerders voorgangers?* — JA.

Het waterschap Noordzijde van de gemeente Sappemeer c. a., behoorlijk gemagtigd bij besluit van ingelanden van 10 Julij 1878, goedgekeurd door Ged. Staten van Groningen bij resolutie van 17 Julij daaraanvolgende, n° 21, 1e afd., en thans vertegenwoordigd door Mr. S. VAN HOUTEN, heeft ten fine van cassatie van een tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te Leeuwarden, regtdoende in hooger beroep, van 17 Apr. 1878, voor den H.-R. doen dagvaarden J. C. B.', landbouwer, wonende te Hoogezand:

„A. de verw. *i. c.*, oorspronkelijk eischer, in deze vordert, dat het gemelde waterschapsbestuur, eischer *i. c.*, de vaartuigen welke komen van of gaan naar zijne ter dagvaarding omschreven landen vrij zal laten passeren door het verlaat in den Winkelhoek, zonder bij de doorschutting iets hoegenaamd te betalen; voorts magtiging om zich zelven die vrije doorschutting te verschaffen en schadevergoeding in voege vermeld in het vonnis der arr.-regtb. te Groningen van 6 Apr. 1877, waarnaar het bestreden arr. te dien aanzien verwijst;

„A. de regtb. te Groningen zich aanvankelijk bij vonnis van 10 Dec. 1875 ambtshalve onbevoegd heeft verklaard, op grond dat het hier eene vraag zou gelden, welke volgens de waterschaps-reglementen zou moeten worden beslist en waarvan de beslissing, volgens het ten deze toepasselijk reglement, aan Ged. Staten zou behooren;

„A. dat vonnis door het Hof te Leeuwarden bij arr. van 20 Dec. 1877 is vernietigd, op grond, dat de ingestelde vordering onmiskenbaar voortspruit uit of is gegrond op een privaat-regtelijke verbindtenis en het geschil dus een burgerlijk regt betreft, en diensvolgens de zaak is teruggewezen naar de regtb. te Groningen;

„A. die regtb. daarop bij vonnis van 6 Apr. 1877 den eisch heeft toegewezen en dat vonnis bij het bestreden arr. is bevestigd;

„A. bij laatstgenoemd arr. op nieuw is beslist, dat bij de dagvaarding met geen enkel woord van het waterschaps-reglement wordt gesproken, en het *fundamentum petendi* is een contract van 3 Oct. 1777, aangegaan tusschen grondbezitters en grondbezitters, waarbij de ingelanden der lage landen zich jegens die der hooge landen hebben verbonden om hen zonder eenige onkostinge hoegenaamd in het doorpasseren te laten jouisséren van hetzelfde voorregt en gezette tijden, als zij zelfs zullen genieten. (Overw. 2, 3, 14, 19 en 26);

„A. alzoo ook de bij dat arr. gevallen beslissing uitsluitend steunt op den aangenomen privaatregtelijken regtsband en hetgeen in het arr. voorkomt ten aanzien van 't geen volgens het waterschapsregt regtens zou zijn, alleen strekt om de verwering, dat het contract van 1777 door het waterschapsregt zou zijn vervallen, ter zijde te stellen;

„A. mitsdien de daartoe betrekkelijke overw^{n} in cassatie onaantastbaar zijn, maar van den anderen kant ook het

daarin voorkomende, omtrent 't geen volgens het waterschapsregt zou moeten geschieden, als buiten dit geding liggende, niet ter subsidiaire verdediging van de beslissing kan worden ingeroepen;

„A. nu de veroordeeling van het gedaagde bestuur *als krachtens de overeenkomst van* 3 *Oct.* 1777 *privaatregtelijk tot het gevorderde* verbonden, is in strijd met de wet;

„A. den feitelijken regter als vaststaande is aangenomen, dat de oorspronkelijke eischer is regtverkrijgende van grondbezitters der hooge landen, doch aldaar is betwist, dat hij een eisch wegens zijne regten als zoodanig zou kunnen instellen tegen het gedaagde waterschapsbestuur;

„A. toch volgens a. 1376 en 1354 B.-W. uit kracht van de overeenkomst van 1777 alleen kan worden geageerd tegen de daarbij verbonden grondbezitters, hunne erfgenamen en regtverkrijgenden;

„A. nu vruchteloos in het arr. wordt gezocht naar eene beslissing, dat het gedaagde waterschap of zijn bestuur is erfgenaam of regtverkrijgende van de bij de overeenkomst verbonden ingelanden der lage landen;

„A. wel wordt beweerd, dat het gedaagde waterschapsbestuur ten opzigte van *het beheer van het vallaat de plaats heeft ingenomen van de eigenaren der lage landen, en mitsdien moet zorgen dat de voorwaarden van verpachting* in overeenstemming zijn met het contract (overw. 17), doch deze overw. voor het behandelde regtspunt niet ter zake doet;

„A. toch deze overw. wel hare plaats zou kunnen vinden in eene administratieve beslissing, waarbij over de verpligtingen der beheerders van bedoeld object van publiek-regtelijk beheer uit het waterschapsregt werd gestatueerd, maar *in jure privato* slechts dan waarde zou hebben, wanneer tevens en vooraf ware beslist, dat op dat object door de bij het ingeroepene contract verbondenen een *zakelijk* regt was

gevestigd, of dat krachtens eenigen anderen, hetzij algemeenen, hetzij bijzonderen titel, het waterschapsbestuur was erfgenaam of regtverkrijgende van de bij het contract verbondene partij;

„A. het aldaar verder door het Hof overwogene, dat: „de eigenaren der hooge landen hunne aanspraken op vrije „doorschutting *tegen niemand anders* hebben te rigten als „tegen het gedaagde bestuur" eensdeels is onjuist, omdat, aannemende, dat het contract van 1777 is eene overeenkomst van grondbezitters jegens grondbezitters, zij wel degelijk hunne aanspraken konden rigten tegen degenen, die in het grondbezit der verbonden partijen zijn opgevolgd, anderdeels is irrelevant, daar het feit dat niemand anders kan worden aangesproken, de verpligting van den gedaagde niet bewijst;

„te hooren voorstellen als *eenig middel:* schending van a. 1376 B.-W., door eene uit overeenkomst voortspruitende vordering ontvankelijk te verklaren tegen een gedaagde zonder dat die gedaagde, volgens de feitelijke beslissing, hetzij zelf verbonden partij, hetzij erfgenaam of regtverkrijgende der verbonden partij is; of wel *subsidiair:* schending van datzelfde a. tengevolge of in verband met verkeerde toepassing van a. 1354 B.-W., door onder *regtverkrijgenden*, volgens laatstgenoemd a. ook te verstaan een waterschap, hetwelk de verbonden partij alleen is opgevolgd *in het beheer* van een vallaat, — zonder dat blijkt, hetzij van eenigen privaatregtelijken titel van eigendomsovergang, of van een zedelijken last op het in beheer overgegane, en als gevolg daarvan, dat waterschap door een privaatregtelijke overeenkomst van dien vroegeren beheerder verbonden te achten;

„en te hooren concluderen:

„dat het den H.-R. der N. moge behagen het arr. door het Ger. te Leeuwarden 17 Apr. 1878 tusschen partijen

gewezen te vernietigen en vervolgens, op de hoofdzaak zelve regtdoende, doende wat dat Ger. had behooren te doen, het vonnis der arr.-regtb. te Groningen van 6 Apr. 1877 te vernietigen, en alsnog den (nu) eischer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn eisch, met veroordeeling van hem eischer in de kosten der drie instantien."

Voor den verw. *i. c.* (vertegenwoordigd door Mr. A. P. T. Eyssell) is de volgende conclusie genomen:

„A. het bestreden arr. heeft bevestigd een vonnis der arr.-regtb. te Groningen op 6 Apr. 1877 tusschen partijen gewezen, houdende toewijzing aan den tegenwoordigen verw. van den eisch door hem tegen het thans eischende waterschap ingesteld tot verklaring van des nu verw. regt om voor zijne in dat vonnis kadastraal aangeduide hooge landen te Hoogezand de van die landen en gronden komende en derwaarts gaande vaartuigen vrij te doen passeren het vallaat in den Winkelhoek van gemeld waterschap, zonder bij de doorschutting iets hoegenaamd te behoeven te betalen, met veroordeeling van het waterschap om dat regt te eerbiedigen, enz. en tot vergoeding van kosten, schaden, nadeelen en interessen, door de gedane onregtmatige geldheffing veroorzaakt of nog te veroorzaken, c. e.;

„A. dit arr. met zoovele woorden *uitmaakt*, dat die aan de nu verw. toegewezen vordering uitdrukkelijk is gegrond op een contract, gesloten 8 Oct. 1777 tusschen de ingelanden der *hooge landen* en die der *lage landen*, te zamen thans opgenomen in het genoemde waterschap; — dat dit contract, wel verre van (gelijk voor het waterschap wordt beweerd) te zijn afgeschaft, integendeel als regtsbron voor de eigenaren der *hooge landen* in het waterschap ondubbelzinnig is erkend, zoo zelfs dat èn het waterschaps-reglement en het (krachtens dat reglement door het waterschapsbestuur vastgesteld) tarief voor den pachter van het Winkelhoeks-

vallaat met den inhoud van het contract volkomen in overeenstemming zijn gebragt; dat dit contract bevat eene verbindtenis van grondbezitters jegens grondbezitters, en daarbij aan de grondbezitters der hooge landen is verzekerd, of wel door hen bedongen, een privilegie *ten voordeele hunner landen*, weshalve zij geacht moeten worden bedongen te hebben voor zich zelf en voor hunne erfgenamen en regtverkrijgenden; — dat vermeld vallaat, door de contractanten van 1777 voorgesteld als een object onder administratie van ingelanden der lage landen, thans staat onder beheer van het waterschapsbestuur, hetwelk, ten opzigte van het beheer van het vallaat, *de plaats heeft ingenomen van de eigenaren der lage landen;* — dat het nu eischend waterschap in eersten aanleg als verwering ten principale heeft *ontkend*, dat het bestuur den nu verw.: „niet zou willen laten jouis„seren van het regt van vrije doorschutting, of niet zou „zorgen dat de door het bestuur gestelde vallaatsmeester zich onthoudt van de heffing van vallaatsgeld van de schepen komende van en gaande naar verw[s] bedoelde perceelen, maar de waarheid deze is, dat de nu verw. „op die perceelen of een gedeelte daarvan heeft doen oprigten of bezig is te doen oprigten eene aardappelmeelfabriek, en de vrijdom niet kan worden uitgestrekt tot hetgeen ten behoeve van die fabriek wordt aan- en afgevoerd, en voor zóóverre dan ook is geweigerd," zoodat het geschil, wat den grond der zaak betreft, loopt over den omvang van den vrijdom; — en eindelijk, dat de vrijdom, dien de eigenaren der hooge landen in 1777 *ten voordeele hunner landen* bedongen, is onbeperkt;

„A. het eischend waterschap in die uitspraak wil gezien hebben: schending van a. 1376 B.-W., door eene uit overeenkomst voortvloeijende vordering ontvankelijk te verklaren tegen een gedaagde, zonder dat die gedaagde, volgens de

feitelijke beslissing, hetzij zelf de verbondene partij, hetzij erfgenaam of regtverkrijgende der verbondene partij is, of wel *subsidiair* enz. (zie boven);

„A. het Hof, interpreterende en toepassende eene in 1777 gesloten overeenkomst, bezwaarlijk schending of verkeerde toepassing der aangehaalde wetsa. heeft kunnen plegen;

„A. het Hof in wezenlijkheid zoodanige interpretatie en toepassing ondernomen heeft, blijkens zijne feitelijke beslissing, dat des nu verw[s] *fundamentum petendi in facto* is de weigering des eischers *i. c.* om hem verw. genot van den (toen overeengekomen) vrijdom toe te staan, en dat het eigenlijk tusschen de litiganten te beslissen verschilpunt is: of de in 1777 bedongen vrijdom voor de landen zich ook uitstrekt tot den aan- en afvoer ten behoeve eener op die landen gebouwde en in aanbouw zijnde fabriek;

„A. in verband hiermede moet worden opgemerkt dat de regter, die aldus geroepen werd om over de al of niet beperktheid van den door eene contracterende partij bij zekere acte bedongen vrijdom uitspraak te doen, bij geene mogelijkheid eenige wet kon schenden of verkeerd toepassen, door in die acte te lezen, — gelijk het aangevallen arr. onherroepelijk heeft beslist — dat de bedongen vrijdom is *onbeperkt*;

„A. al verder de bij het *middel* aangewende poging om dat contract regtens vreemd aan het eischend waterschapsbestuur te doen achten, moet afstuiten op 's Hofs aangehaalde beslissing omtrent het eigenlijk verschilpunt tusschen de partijen en de daarbij gerelateerde ontkentenis van dat bestuur, dat het den nu verw. niet zou willen laten jouisseren van het regt van vrije doorschutting, of niet zou zorgen dat de door het bestuur gestelde valiaatsmeester zich onthoudt van heffing in strijd met het contract;

„A. immers daaruit en uit meerdere feitelijke beslissingen

in het arr. onbetwistbaar volgt de erkenning, ook van de zijde des eischers *i. c.*, der overeenkomst van 1877 als verpligte *norma agendi* en aanneming daarvan als regtsbron, zoowel voor het bestuur als voor den verw. *i. c.*, in die mate zelfs, dat is beweerd des bestuurs regt *uit dat contract* om te weigeren datgeen, waarover verw. *i. c.* zich *in facto* beklaagt;

„A. bovendien, zoo ooit de vraag kon wezen (des wel uitdrukkelijk neen) of de bij het *middel* ingeroepen wetsa. miskend kunnen zijn, des eischers beweringen van allen grond zijn ontbloot;

„A. deze ten onregte aanvoert, dat in het arr. vruchteloos wordt gezocht naar eene beslissing, dat het waterschapsbestuur is erfgenaam of regtverkrijgende van de in 1777 gecontracteerd hebbende eigenaars der lage landen;

„A. toch het Hof uitdrukkelijk heeft beslist, dat dit bestuur ten opzigte van het beheer van het vallaat de plaats heeft ingenomen van die, in 1777 gecontracteerd hebbende eigenaars der lage landen en mitsdien moet zorgen dat de voorwaarden van verpachting in overeenstemming zijn met dat contract;

„A. des eischers betoog, dat deze overw. voor het behandelde regtspunt niets zou afdoen en slechts in eene administratieve beslissing, doch niet in dit burgerlijk geding op hare plaats zou wezen, in lijnregten strijd is met des bestuurs eigen door het Hof gerelateerd beweren, dat het *reverâ* zorgt, dat de door hem gestelde vallaatsmeester zich onthoudt van heffing *in strijd met dat contract;*

„A. alzoo deze ter zake doende, ja afdoende beslissing van het arr., wel verre van slechts in eene administratieve beslissing op hare plaats te wezen, in dit arr. te huis behoort, omdat, blijkens zijn inhoud, juist des bestuurs beweringen omtrent den aard van den bedongen vrijdom en ontkentenis van jegens de eigenaars der hooge landen aan-

sprakelijk te zijn, het Hof hebben genoodzaakt om aangaande der reëelen aard van het gemaakte beding en de gehoudenheid des eischers *i. c.* om voor de doorschutting te zorgen uitspraak te doen;

„A. de uitspraak daaromtrent grootendeels is van feitelijken aard en onaantastbaar in cassatie, terwijl zij overigens voor zoover die volgens eischers *middel*, berust op waterschapsregt, door dat *middel* niet wordt aangetast;

„A. de eischer *i. c.*, die nu het waterschapsregt voorstelt als vreemd aan dit geding, zelf allereerst daarop heeft beroep gedaan door te beweren, dat het contract, hetwelk het *fundamentum petendi* der dagvaarding uitmaakt, niet meer verbindend zou wezen, *als vervallen door de prov. wetgeving voor het waterschap;*

„A. 's Hofs overw. dat het waterschapsbestuur ten opzigte van het beheer over het vallaat de plaats heeft ingenomen van de eigenaars der lage landen, en mitsdien zorgen moet dat de voorwaarden van verpachting in overeenstemming zijn met het contract van 1777, niet — gelijk de eischer wil — beschouwd mag worden buiten verband met de tweeledige feitelijke beslissing, dat het vallaat in den Winkelhoek, thans onder beheer staande van het waterschapsbestuur, bij dat contract kennelijk wordt voorgesteld als een object onder administratie van de eigenaars der lage landen, en dat de hooge en lage landen te Hoogezand, tusschen wier eigenaars (ingelanden) toen werd overeengekomen, thans te zamen in het waterschap Noordzijde van de gemeenten Sappemeer enz. zijn overeengekomen;

„A. het voldoende zal zijn dit verband in het oog te houden om de scheefheid der voorstellingen van de dagvaarding in te zien, en tevens daaruit volgt, dat de volgens het *cassatie-middel noodige* en in het arr. ontbrekende beslissing omtrent de *relatie* van het Waterschapsbestuur tot

de verbonden eigenaars der lage landen, als hun erfgenaam of regtverkrijgende zelfs geheel *overbodig* is, daar dit bestuur, als met de uitvoering der overeenkomst belast, tot rigtige uitvoering daarvan kan worden aangesproken;

„A. dus het voorgestelde *cassatie-middel* nimmer kan opgaan;

„Zoo concludeert Mr. A. P. T. EYSSELL, als vertegenwoordigende den verw., dat bij 's H.-R. te wijzen arr. de ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van het eischend bestuur in de kosten."

In deze zaak heeft de Proc.-G. RÖMER genomen de volgende conclusie:

„Voor dit geding in cassatie staat feitelijk vast, dat tusschen de ingelanden der *hooge* en *lage* landen, als *grondbezitters*, in het jaar 1777 is gesloten eene overeenkomst, waarbij o. a. is overeengekomen, het maken en in beheer nemen van zeker vallaat door de ingelanden der *lage* landen, en voor die der *hooge* landen, vrijdom van betaling bij het doortrekken.

„Voorts is *in facto* beslist, dat die overeenkomst is het *fundamentum petendi* bij deze ingestelde actie, en dat hare feitelijke grondslag is de weigering van den eischer om den bedongen vrijdom te verleenen.

„Nog beslist het Hof, dat volgens het regt in het jaar 1777 geldende, zijnde de Groninger constitutie op allerhande conventien van 6 Febr. 1702, partijen moeten geacht worden zich niet slechts voor zich zelve maar ook voor hunne erfgenamen en regtverkrijgenden te hebben verbonden.

„Voorts is beslist, dat het waterschap van de gemeente Sappemeer is gereglementeerd bij besluit der Staten van 23 Julij 1869; dat de *hooge* en *lage* landen *te zamen* in dat waterschap zijn opgenomen, en dat de meergemelde overeenkomst noch *facto* noch *jure* is afgeschaft door het Waterschapsreglement.

„Tegen de vordering van den verw., om hem het regt van vrijdom te doen genieten, heeft het waterschap een *fin de non recevoir* opgeworpen; de actie is echter ontvankelijk verklaard en toegewezen, op grond dat het waterschap ten opzigte van het object van beheer, het vallaat, de plaats heeft ingenomen der ingelanden der *lage* landen, en mitsdien moet zorgen, dat de voorwaarden der verpachting in overeenstemming zijn met het contract, en door den pachter worden nageleefd.

„De regtsvordering is dus *ex contractu* door de eene partij ingesteld tegen de regtverkrijgenden der andere. Ik moet echter den H.-R. al aanstonds wijzen op deze omstandigheid, dat de *hooge* en *lage* landen *te zamen* in het waterschap zijn begrepen, en laatstgemeld derhalve geacht zou moeten worden *regthebbende* van *beide* contracterende partijen te zijn.

„Tegen die ontvankelijkverklaring der actie is *één middel* van cassatie gerigt, waarbij in de eerste plaats wordt beweerd: schending van a. 1376 B.-W., door eene vordering, uit eene overeenkomst voortspruitende, ontvankelijk te verklaren, zonder dat de gedaagde, hetzij verbonden partij, hetzij haar erfgenaam of regtverkrijgende is.

„Die grond voor het *middel* is m. i. onjuist.

„Het Hof beslist in de 16e overw., dat het vallaat, als object van beheer bij het contract is gesteld onder de administratie van de eigenaren der lage landen, en dat het waterschap in dat beheer is opgevolgd.

„Het Hof oordeelt, dat die opvolging in het beheer, het waterschap maakt tot *regtverkrijgende;* dat zij oplevert het *vinculum juris civilis* om te voldoen aan de verpligtingen, welke volgens de overeenkomst daaromtrent berustte op de partij, in wier regten het waterschap is getreden.

„Het onderzoek naar de juistheid dier beslissing is het

onderwerp van den subsidiairen grond van het *middel.* Deze luidt: schending van a. 1376 j° 1354 *ibid.*, door onder *regtverkrijgenden* te verstaan een waterschap, hetwelk de verbonden partij slechts is opgevolgd *in het beheer* van het vallaat, zonder dat blijkt van eenigen privaat-regtelijken titel van eigendomsovergang, of van een zakelijken last op het in het beheer overgegane; en als gevolg daarvan, het waterschap door eene privaat-regtelijke overeenkomst van dien vroegeren beheerder, verbonden te achten.

„Ik houd dien grond van het *middel* voor juist: het waterschap is volgens de beslissing van den *judex facti* gereglementeerd bij het besluit der Staten; het is mitsdien een *publiek-regtelijk* collegie, hetwelk zijn beheer over het vallaat aan zijne instelling en niet aan het contract ontleent. Van een regtsverband *in jure civili* blijkt *in casu* niets; en nu kan onder *regtverkrijgende jure civili* zeker niet begrepen zijn een college, welks bevoegdheid uit het *jus publicum* ontspruit.

„Ik beweer daarom niet, dat op het waterschap de verpligting niet berust om zorg te dragen dat de regten der ingelanden, vroeger gestipuleerd, worden geëerbiedigd; het waterschap is volgens a. 25 van het Reglement van 23 Julij 1869 verpligt het Reglement te handhaven; en de vrijdom van den last in geschil, is aan de *hooge* landen gewaarborgd door a. 3 van het Reglement van 1869, aangevuld door dat van 3 Julij 1870, *Prov-blad* n° 84, maar die verpligting, die opdragt, dat *mandaat*, zooals de geachte raadsman van den verw. het noemde, uit het Reglement, sluit die uit de *overeenkomst eo ipso* uit. Er is, naar het schijnt, geschil gerezen over de uitgebreidheid van de in het jaar 1777 bedongen vrijdom: maar zoodanig geschil moet voor zooveel het waterschap betreft, langs den administratieven weg worden beslist. Volgens het arrest is het

fundamentum petendi de overeenkomst, maar dan moet ook het *vinculum juris* aanwezig zijn. Er is nog ter sprake gebragt het arr. van 7 Junij 1872. (*N.-Rspr.* CI, 129; v. d. Hon., *B.-R.* XXXVII, 213). Toen was echter de overeenkomst gesloten door Dijkgraaf en Hoogheemraden ter eenre, en ingelanden ter andere zijde; de eene der litigerende partijen was *titulo singulari* regtverkrijgende van de partij ter andere zijde.

„De vraag blijft nu over, of door de verwerping van het *middel* van niet-ontvankelijkheid de a. bij het *middel* aangehaald, zijn geschonden. Ik meen daaromtrent drie bedenkingen aan het oordeel van den H.-R. te moeten onderwerpen.

„Mijne *eerste* bedenking is deze, dat a. 1354 niet bepaalt wie *regtverkrijgenden* zijn, en eene beslissing daaromtrent slechts kan zijn een *mal jugé*.

„De H.-R. kan echter onderzoeken, welke beteekenis de wetgever uit den aard van het regtsinstituut aan het gebezigde woord heeft gegeven. De Raad vergelijke het betoog van den heer Gregory bij v. d. Hon., *B.-R.* VIII, 133; IX, 365.

„En wanneer wij dan niet uit het oog verliezen, dat a. 1354 slechts over *burgerlijke* regten en verpligtingen handelt, dan kan het opvolgen in een beheer, krachtens een Reglement, en mitsdien *jure publico*, het waterschap niet maken tot de regtverkrijgende van eene of van beide verbondene partijen.

„Mijne *tweede* bedenking is deze: of a. 1354 voornoemd niet slechts dan kan geacht worden te zijn geschonden, wanneer de regter, na eerst *in facto* te hebben beslist dat men is regthebbende, niettegenstaande die beslissing weigert om aan den zoodanigen het effect der overeenkomst, door zijn auteur aangegaan, te doen genieten.

„Het a. is m. i. in zooverre geschonden, dat een persoon

is verbonden geacht voor wie de contracterende partijen niet kunnen geacht worden zich verbonden te hebben.

„Maar al was het a. slechts verkeerd toegepast, hetwelk welligt op zich zelf geen grond tot cassatie zoude opleveren, volgens DALLOZ, *Répert.*, voce *Cassation*, no 137, vergelijk echter a. 99 no 2 R.-O., dan nog is door die verkeerde toepassing geschonden a. 1376, mede in het *middel* aangehaald, want dan is de eischer in cassatie ten opzigte der overeenkomst een derde, aan wien zij niet ten nadeele kan verstrekken en die door haar *civiliter ad faciendum* niet kan zijn verbonden.

„Mijne *derde* bedenking is deze: of de aangehaalde a. wel toepasselijk kunnen worden geacht nu het geldt de vraag wie regthebbende is uit eene overeenkomst, gesloten onder vigueur van eene andere wetgeving.

„Volgens a. 3 O., worden *regten*, voortvloeijende uit de overeenkomsten, geregeld door de wetten, welke in werking waren toen de overeenkomst is gesloten. De vraag wie als *regthebbenden* zijn te beschouwen, is echter geen *regt* voortvloeijende uit de overeenkomst; het is geen *droit acquis;* het is slechts een gevolg der overeenkomst; en de gevolgen der overeenkomsten worden geregeld door de wet, die werkt op het oogenblik, dat het gevolg intreedt.

„De Raad vergelijke vooral DALLOZ, *Répert*, voce *Lois*, no 284 volgg. „La rétroactivité ne doit pas s'appliquer aux „droits acquis, tandis qu'elle n'est pas tenue du même „respect pour les simples expectatives." Zoo wordt de verbindtenis tot vrijwaring *en cas de partage* geregeld „par les „lois du temps du partage et non pas par celle, sous laquelle „se sont formées les sociétés etc." En zulks niettegenstaande de partijen de verdeeling voorzien, ja gewild hebben! evenals zij voorzien en willen dat anderen na hen het genot der overeenkomst zullen hebben.

„Met de aanhaling der woorden in n° 289 wil ik dit betoog sluiten: „L'idée dominante qui préside à cette destination (van *effet et suites des contrats*) c'est qu'il faut „respecter tout ce qu'ont voulu les parties, tout ce dont „elles ont fait dépendre leurs conventions.

„Mais en réglant ce sur quoi leur volonté ne s'est pas „portée, la loi nouvelle n'altère aucune confiance; elle laisse „intacte toute l'obligation; elle ne rétroagit donc pas."

„Indien mijne beschouwing omtrent den eersten grond van het *middel* juist is, dan is er geen punt overgebleven, hetwelk door den *judex facti* nog zou moeten worden beslist; en zoo ik ook ten opzigte van den tweeden grond van het *middel* niet heb gedwaald, dan moet het *middel* van niet-ontvankelijkheid, hetwelk volgens de beslissing *in facto* bij het vonnis is voorgesteld, en waaraan het arr. zich heeft gerefereerd, op grond, dat tegen het bestuur de *actio ex contractu* niet kon zijn ingesteld, maar de eigenaren der lage landen in regten moeten zijn geroepen, zijn toegewezen.

„Conclusie tot regtspraak overeenkomstig de conclusie van den eischer in cassatie, *c. exp.*"

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat in deze als *éénig middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 1376 B.-W., door eene uit overeenkomst voortspruitende vordering ontvankelijk te verklaren tegen een ged., zonder dat die ged. volgens de feitelijke beslissing, hetzij zelf verbonden partij, hetzij erfgenaam of regtverkrijgende der verbonden partij is, of wel subsidiair: schending van datzelfde a. ten gevolge of in verband met verkeerde toepassing van a. 1354 B.-W., door onder regtverkrijgenden volgens laatstgenoemd a. ook te verstaan een waterschap, hetwelk de verbonden partij alleen is opgevolgd in het beheer van een vallaat, zonder dat blijkt hetzij van eenigen privaatregtelijken titel van eigendoms-overgang, of

van een zakelijken last op het in beheer overgegane, — en als gevolg daarvan dat waterschap door een privaatregtelijke overeenkomst van dien vroegeren beheerder verbonden te achten;

„Wat aangaat het in de eerste plaats bij het *middel* van cassatie aangevoerde:

„O., dat dit daarop is gegrond, dat de beslissing, bij het aangevallen arr. gegeven, uitsluitend steunt op den aangenomen privaatregtelijken toestand, terwijl, naar den inhoud van het arr., hetgeen volgens het waterschapsregt zou moeten geschieden, als buiten dit geding liggende, niet ter subsidiaire verdediging van de beslissing kan worden ingeroepen, — voorts dat de veroordeeling van het nu eischend bestuur, als krachtens de overeenkomst van 3 Oct. 1777 privaatregtelijk tot het gevorderde verbonden, is in strijd met de wet, en alzoo het Hof het voorgestelde *middel* van nietontvankelijkheid ten onregte heeft verworpen, omdat naar a. 1354 B.-W. uit kracht dier overeenkomst alleen kan worden geageerd tegen de daarbij verbonden grondbezitters, hunne erfgenamen en regtverkrijgenden;

„dat intusschen niet is beslist, dat het nu eischend waterschap of zijn bestuur is erfgenaam of regtverkrijgende van de bij de overeenkomst verbonden ingelanden der lage landen, en de overweging dat het waterschapsbestuur ten opzigte van het beheer van het vallaat de plaats heeft ingenomen van de eigenaren der lage landen en mitsdien moet zorgen dat de voorwaarden van verpachting in overeenstemming zijn met het contract, *in jure privato* slechts dan waarde zou hebben, wanneer tevens en vooraf ware beslist, dat op het bedoeld object door de bij het ingeroepen contract verbondenen een zakelijk regt was gevestigd, of dat krachtens eenigen anderen hetzij algemeenen, hetzij bijzonderen titel, het waterschapsbestuur was erfgenaam of

regtverkrijgende van de bij het contract verbonden partij;

„Wat aangaat het subsidiair bij het *middel* aangevoerde:

„O., dat dit is gegrond, eensdeeis daarop dat, aangenomen dat het contract van 1777 is eene overeenkomst van grondbezitters jegens grondbezitters, de eigenaren der hooge landen hunne aanspraken op vrije doorschutting wel degelijk konden rigten tegen degenen die in het grondbezit de verbonden partijen zijn opgevolgd; anderdeels daarop dat het feit dat niemand anders kon worden aangesproken, de verpligting van den nu eischer niet bewijst;

„O., wat aangaat het in de eerste plaats bij het *middel* van cassatie beweerde, dat bij het aangevallen arr. is beslist: „dat het vallaat in den Winkelhoek dat, blijkens het contract van 1777, toen nog door de ingelanden van de „lage landen" zou worden „verveerdigt" en daarbij kennelijk als een object onder hunne administratie wordt voorgesteld, thans onder beheer staat van het waterschapsbestuur en dat gevolgelijk de eigenaren der „hooge landen" als contractanten ter andere zijde hunne aanspraken op vrije doorschutting tegen niemand anders hebben te rigten dan tegen het bestuur, dat, ten opzigte van het vallaat, de plaats heeft ingenomen van de eigenaren der „lage landen";

„O., dat hierin is gelegen de beslissing dat het waterschap is de regtverkrijgende der verbonden partij, immers voor zoover het contract in geschil betreft, terwijl die benaming toepasselijk is zoowel wanneer de opvolging in de regten en verpligtingen van anderen op een privaatregtelijken titel berust, — als wanneer die overgang *jure publico* plaats vindt;

„O., wat aangaat het subsidiair beweren, hetwelk tegen de juistheid der gegeven beslissing zelve is gerigt, dat, volgens hetgeen bij het aangevallen arr. is aangenomen, in deze door den nu verw. als eischer was gevorderd, voor

zijne ter dagvaarding omschreven „hooge landen", de handhaving van het regt om de van die landen en gronden komende en derwaarts gaande vaartuigen vrij te doen passeren het vallaat in den Winkelhoek, zonder bij de doorschutting iets hoegenaamd te betalen; voorts vergoeding van schade, — en dat die eisch was gegrond op een reeds vermeld contract, gesloten 3 Oct. 1777, tusschen de ingelanden der „hooge landen" en die der „lage landen" te Hoogezand, te zamen thans opgenomen in het in dit proces bedoeld waterschap;

„O., dat al verder vaststaat dat bij bedoeld contract aan de ingelanden der „hooge landen", die ten verzoeke van die der „lage landen" waren ingelaten in het Zijlvest „de drie Delfzijlen," door deze laatsten is verzekerd: 1° vrijdom van gewone en buitengewone waterschapslasten, 2° hen zonder eenige onkostinge hoegenaamd in het „doorpasseren te laten jouisseren van het vallaat in den Winkelhoek";

„O., dat almede vaststaat, dat, wel verre dat, zooals was beweerd, het contract naar de reglementen het waterschap betreffende zou zijn afgeschaft en vervallen, in overeenstemming met het grondreglement voor de waterschappen in de provincie Groningen van 23 Nov. 1852, in het reglement voor het waterschap „Noordzijde van de gemeenten Sappermeer, Hoogezand en verdere onderhoorigheden" van 23 Julij 1869, aangevuld bij besluit van de Staten der provincie Groningen van 13 Julij 1870, uitdrukkelijk is erkend en toegestaan de vrijdom van lasten als in deze bedoeld, terwijl bij het tarief, naar het reglement opgemaakt, van de betaling der schutgelden zijn vrijgesteld „de schippers die voor de eigenaren der hooge vrije landen varen";

„O., dat wanneer nu de vraag moet worden beantwoord, of teregt door het Hof het waterschap is beschouwd als regtverkrijgende in deze, in aanmerking komt dat bij be-

doeld reglement van 1869, gewijzigd bij het besluit der Staten van 1870, is ingesteld en geregeld het waterschap in deze bedoeld, hetwelk, naar het ten processe vaststaande, is te zamengesteld uit de landen, bekend bij bedoeld contract onder de „hooge landen" en de „lage landen" beide; — dat bij a. 25 van het reglement van 1869 is bepaald dat „aan het bestuur in het algemeen de behartiging der belangen van het waterschap is opgedragen, hetwelk zorgt voor de handhaving van het reglement": dat onder die zorg wel bepaaldelijk behoort de uitvoering en opvolging van bestaande privaatregtelijke overeenkomsten, waarbij, aan wie dan ook, regten of vrijdommen, zooals *in casu*, zijn verzekerd; dat dit reeds, al ware het ook niet bij de reglementen ten overvloede erkend, van zelf volgt uit het als geschonden voorgestelde a. 1354 B. W.;

„O. toch, dat het waterschap zeer zeker, met betrekking tot de regten en verpligtingen, bij het in deze bedoeld contract bedongen, is opgevolgd aan de mede-contractanten, voorgangers van den nu verw., als zijnde het door de daartoe krachtens de Grondwet bevoegde magt ingesteld, geregeld en in de plaats gezet van de vroeger bestaan hebbende afdeelingen en besturen in de nu onder het waterschap gelegen landen;

„O., dat alzoo het voorgestelde *middel* van cassatie in zijne beide deelen is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Verwijst het eischend bestuur in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1625. — Arrest v. 24 Jan. 1879.

(A. 1528, 1538 B.-W.)

Is a. 1538 *B.-W. verkeerd toegepast door te beslissen dat het nog op andere lasten ziet dan erfdienstbaarheden?* — JA.

Is a. 1528 *geschonden door het zóó beperkt op te vatten dat onder de daar bedoelde vrijwaring niets anders zou zijn begrepen dan de actie in a.* 1538 *omschreven, en eene bloote vordering tot onder-vrijwaring zou zijn uitgesloten?* — JA.

In deze zaak heeft de Proc.-G. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„De eischer in cassatie, zijnde de Staat, opgeroepen in vrijwaring wegens een verkocht perceel, waarop later een *tiendregt* wordt beweerd, heeft in die vordering toegestemd, en is mitsdien tot die vrijwaring veroordeeld.

„Het arr. zegt uitdrukkelijk, dat de eisch is toegewezen, op grond, dat de app. er zich niet tegen heeft verzet.

„Hij heeft eene gelijke vordering in onder-vrijwaring tegen zijne auteuren ingesteld; deze hebben echter de gegrondheid dier vordering bestreden; en zoowel bij het vonnis der regtb. te Tiel van 11 Mei 1877, als bij het bekiaagde arr. van het Geregtshof te Arnhem van 8 Mei 1878 is zijne vordering tot onder-vrijwaring ontzegd.

„Tegen die ontzegging is gerigt *één middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing der a. 1528, 1532, 1537 en 1538, in verband met a. 721 B.-W.; *vooreerst*, op grond, dat a. 1528 zoo beperkt is opgevat, dat onder de vrijwaring daar uitgesproken, niets anders zou zijn begrepen dan de actie in a. 1538 omschreven, zoodat tegen hem die krachtens a. 1528, wegens de lasten, die beweerd worden op het verkochte goed te drukken en bij den verkoop niet zijn opgegeven, tot vrijwaring gehouden is, geene andere vordering kan worden ingesteld dan tot vernietiging van koop, of schadeloosstelling voor mindere waarde; *ten andere:* 1° dewijl

a. 1538 zoo is verstaan, dat daarin onder *erfdienstbaarheden* begrepen zijn alle mogelijke *lasten* en ook *tiendverpligting;* alzoo dit a. uitgelegd met afwijking van hetgeen onder *erfdienstbaarheden* overal elders verstaan wordt, en in strijd met wat de wet zelve in a. 721 zegt, dat *erfdienstbaarheden* zijn; 2° ook op grond dat, zelfs bij die opvatting, a. 1538 verkeerd is toegepast, aangezien het toepasselijk gemaakt wordt zonder dat de regter onderzocht en beslist heeft het bestaan van het *vermoeden*, waarvan de toepasselijkheid van het a. afhangt, of dit vermoeden door eenige partij is beweerd of uitgesproken.

„Het komt mij voor, dat slechts de a. 1528 en 1538 een punt van onderzoek moeten uitmaken. Er heeft geene uitwinning plaats gehad, de a. 1532 en 1537 missen dus alle toepassing, en het arr. leert niet, dat *tiendregt* zou *behooren* tot de *erfdienstbaarheden*, zoodat ook a. 721 *ibid.*, hetwelk de definitie van erfdienstbaarheden bevat, niet kan zijn geschonden.

„De regtsvraag, die uit de a. 1528 en 1538 B.-W. voortvloeit en van welke beslissing de juistheid van het *dictum* der regterlijke uitspraken afhangt, komt mij eenigzins moeijelijk voor. Ik zal haar uit een ander oogpunt beschouwen, dan bij de pleidooijen is geschied.

„Het *middel* vereischt m. i. geene breedvoerige toelichting; het eerste gedeelte van het *middel* betreft de uitlegging van a. 1528 B.-W.; het tweede de opvatting van de beslissing door den *judex facti* gegeven.

„Ik behandel dit tweede gedeelte in de eerste plaats.

„En dan schaar ik mij geheel aan de zijde der verw[s]; ik geloof, dat bij vonnis en arr. a. 1538 *analogice* is toegepast.

„Het arr. spreekt van het systeem der wet in cas van evictie wegens bij verkoop verzwegen *lasten*, *wanneer*, zooals *in casu*, niet wordt geageerd tot vernietiging van den koop. A. 1528 bepaalt, dat de verkooper in zoodanig geval den

kooper moet waarborgen; volgens het arr. bevat dat a. slechts een beginsel, doch geeft geene actie, welke echter geregeld is in a. 1538 *ibid.*, hetwelk, ofschoon *erfdienstbaarheden* noemende, geacht moet worden ook op andere zakelijke lasten, zooals tiendregt, te doelen.

„De gedachte van den wetgever wordt dus door den regter uitgebreid en toegepast op een geval, hetwelk in de wet niet is voorzien; de regter redeneert uit de beginselen van het regtsinstituut, en mitsdien bij analogie. En wanneer nu de toepassing van eene wet *analogice* plaats heeft, dan kan de regter ook alleen beslissen in hoeverre de analogie moet gelden; bij die opvatting der motieven van het arr. vervalt de grond voor het *middel* sub n° II 1° aangevoerd, omdat het arr. het tiendregt niet begrijpt onder de erfdienstbaarheden, en die sub n° II, 2°, omdat de regter van meening kan zijn, dat datgene wat de wetgever omtrent het *vermoeden* bepaalt, bij het verschil, hetwelk er tusschen de *erfdienstbaarheid* en het *tiendregt* bestaat, op laatstgemeld niet toepasselijk is.

„In een woord: zoodra de regter redeneert uit het systeem der wet, uit de *praesumta legislatoris voluntas*, dan kan er m. i. slechts dan sprake zijn van verkeerde toepassing der wetbepaling, indien die beslissing in strijd is met een ander stellig voorschrift der wet.

„Van meer belang is de eerste grond voor het *middel* aangevoerd. De *judex facti* overweegt, dat a. 1528 B.-W. slechts een beginsel bevat, doch geene actie formuleert.

„Ik kan mij met die leer, welke ook door den geachten raadsman der verw^s^ is verdedigd, niet vereenigen. Wanneer de wet bepaalt, dat de verkooper in zekere gevallen den kooper moet waarborgen, dan geloof ik, dat laatstgemelde ook heeft het *jus persequendi judicio, quod sibi debetur.* Het is volkomen waar, dat de wet bij uitwinning van het geheel

of van een gedeelte van het gekochte goed, verschillende regelen stelt; dat zij, bij het verzwijgen van een servituut, de keus geeft tusschen de actie tot vernietiging van het contract of die *quanti minoris;* maar daaruit vloeit niet voort, dat a. 1528 in het tweede lid in het geheel geene actie zou geven.

„Er is reeds op gewezen, en ik kom er straks nog op terug, dat de beide a. met eene kleine wijziging zijn overgenomen uit den *C.-C.* En nu leert POTHIER, *Oeuvres*, édit. de Brux., T. I, *Contrat de Vente*, Sect. III, pg. 333, nº 202. „L'effet de cette garantie est que lorsque quelqu'un prétend „sur l'héritage quelque droit réel, dont l'acheteur n'a pas „été chargé par le contrat de vente, l'acheteur assigné pour „reconnaître ou souffrir ce droit peut assigner en garantie „le vendeur, pour qu'il ait a le défendre de cette demande „et prendre son fait et cause."

„De kooper heeft de actie *rem sibi habere licere, ad id quod interest;* en haar omvang hangt m. i. af van den aard der schade, welke hij door het regt van den derde op het goed lijdt.

„De regter *a quo* heeft, indien deze meening juist is, a. 1528 B.-W. verkeerd uitgelegd.

„Ik geloof echter, dat het dictum niet kan worden vernietigd, omdat ik van oordeel ben, dat de vordering tot vrijwaring *in casu* teregt ongegrond is verklaard. Om dit te betoogen moet ik de vraag beantwoorden, welke *lasten* in a. 1528 B.-W. zijn bedoeld. Volgens het *jus commune* toch moeten slechts die reëele lasten worden gewaarborgd, welke de kooper niet heeft kunnen kennen. L. 29 *Cod de evict.*, (D. VIII, 45). En om nu van andere reëele lasten te zwijgen, zoo is onder de lasten in a. 1528 bedoeld het tiendregt zooals dit *in casu* is gevorderd, niet begrepen. DIEPHUIS, D. VII, nº 212, wiens leer in dit opzigt door den *judex facti* is gevolgd, rekent

er de tiendpligtigheid onder, doch spreekt zijne meening niet stellig uit. VERNÈDE, op a. 1528, begrijpt onder *lasten* ook het *tiendregt* en andere jaarlijksche uitkeeringen; bij een vonnis der regtb. te Arnhem, dd. 4 Mei 1841 (*Weekbl.* nº 195) en een der regtb. te Tiel, dd. 11 Dec. 1863 (*Weekbl.* nº 2621) wordt het als ongetwijfeld zeker gesteld, dat onder de lasten in a. 1528 opgenoemd ook het tiendregt is begrepen.

„Ik kan echter de opvatting van die schrijvers en der regterlijke uitspraken niet deelen. Het a. is overgenomen uit den *C.-Civ.*, en onder vigueur van dat Wetboek kon het tiendregt niet onder de *charges* zijn begrepen.

„PAILLET brengt echter onder de *servitudes* in a. 1638 de *rentes foncières* en *toutes les charges*, doch niet dezulken „que personne ne peut ignorer." MOURLON behandelt alleen de *servitudes*, en evenzoo MARCADÉ. DALLOZ, *Rep.*, voce *Vente*, nº 1046, zegt van de *charges:* „il en est que le vendeur n'a nul besoin de déclarer parce qu'elles dérivent *du droit commun*, et que dès lors elles doivent entrer dans les prévisions de cet acheteur." Geen dier schrijvers kon spreken van het tiendregt. Nu is er echter een andere schrijver, wiens gezag bij de verklaring der a. van den *Code* van veel gewigt is; ik bedoel POTHIER. Hij behandelt ll. Sect. III, pg. 332, de vraag: welke *lasten* de verkooper niet verpligt is uitdrukkelijk op te geven en mitsdien te waarborgen. Ik zal de belangrijke plaats in haar geheel mededeelen.

„1º. Toutes celles qui sont *de droit commun:* dezelfde uitdrukking die DALLOZ bezigt.

„De ce nombre est la *dîme*. Ce n'est pas proprement une „charge reelle, la dîme étant une charge des fruits et une „dette de celui qui les recueille, plutôt qu'une charge de „l'héritage qui produit les fruits; car le curé ou autre

„décimateur n'a aucun droit dans les héritages sur lesquelles „il perçoit la dîme; mais il est seulement fondé dans une „louable coutume de percevoir la dîme des fruits qui se „recueillent dans la paroisse.

„Quoi qu'il en soit: cette charge étant DE DROIT COMMUN, „et toute terre qui produit des fruits décimables étant sujette „à la dîme, il n'est point nécessaire de la déclarer par le „contrat de vente à l'acheteur qui ne peut l'ignorer." POTHIER geeft nog eenige andere lasten op „qui sont de droit commun."

„En nu betreft de vordering tot vrijwaring en onder-vrijwaring een oud Geldersch tiendregt, hetwelk volgens de beslissing in het arr. reeds in het jaar 1636 aan den rentmeester der geestelijke goederen werd betaald. De gedaagde in vrijwaring heeft op 28 Mei 1872 de perceelen verkocht onder de bepaling, dat zij waren *tiendvrij;* hij heeft in de actie tot vrijwaring toegestemd, en deze is op dien grond toegewezen.

„De gedaagden in onder-vrijwaring of hunne auteuren hadden in 1848 de perceelen verkocht, zonder dat de beweerde last van tiendpligtigheid is opgegeven.

„Volgens de beginselen van het Geldersch tiendregt werd de algemeene tiendpligtigheid ondersteld: het Hof beslist dit bij het arr., en de Raad vergelijke een vonnis der regtb. te Nijmegen dd. 1 Apr. 1873 (*Weekbl.* n° 3606). Zoodanig tiendregt behoorde dus tot de lasten, die volgens POTHIER en DALLOZ zijn *de droit commun*, *juris publici*, en behoefde dus niet te worden opgegeven bij een perceel in het tiendblok gelegen, zooals feitelijk van het perceel in geschil is beslist.

„De analogische toepassing van a. 1538 acht ik dus verkeerd, doch niettegenstaande dat, houd ik de ontzegging der actie voor juist, omdat daardoor a. 1528 niet wordt geschonden.

„Nog een enkel woord over die analogische uitbreiding van a. 1538 voornoemd.

„Ik geloof inderdaad, dat de wetgever slechts aan erfdienstbaarheden heeft gedacht, ofschoon welligt zoowel aan de *active* als aan de *passive servitudes*. Zie Marcadé, ad a. 1638; Duranton, T. IX, n° 248, j° n° 300, pg. 91 en 112.

„Bij ons heeft het a. eene uitbreiding gekregen. Vgl. Asser, bl. 517, § 750, en Voorduin, V, bl. 183; het blijkt echter niet, dat de wetgever aan andere *lasten*, dan aan erfdienstbaarheden heeft gedacht. De Pinto vat het a. ook in dien beperkten zin op; hij zegt: *tot zoodanige gevallen moet dus ons a. beperkt worden.*

„Het a. bevat, en dit ten slotte, eene afwijking van het oude regt. Voet, *de evict.* Lib. 21, tit. 2, n° 16, zegt uitdrukkelijk: *„quoties servitutes aliaque jura similia evincuntur „ad id quod interest emptor agat, venditionis contractu in suo „vigore persistente."*

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1528, 1532, 1537 en 1538 B.-W. en daarmede in verband a. 721 van dat wetb., 1°. dewijl a. 1528 zoo beperkt is opgevat, dat onder de vrijwaring, dáár uitgesproken, niets anders zou zijn begrepen dan de actie in a. 1538 omschreven, zoodat tegen hem die krachtens dat a. 1528 wegens de lasten, welke beweerd worden op het verkochte goed te drukken en niet bij den verkoop opgegeven zijn, tot vrijwaring gehouden is, geene andere vordering kan worden ingesteld dan tot vernietiging van koop of schadeloosstelling voor mindere waarde, en alzoo ook geoordeeld is in dit geval van onder-vrijwaring; en 2° dewijl *a.* a. 1538 zoo is verstaan, dat daarin onder erfdienstbaarheden begrepen zijn alle moge-

lijke lasten en ook tiendverpligting; alzoo dit a. uitgelegd met afwijking van hetgeen onder erfdienstbaarheden overal elders verstaan wordt en in strijd met wat de wet zelve in a. 721 zegt, wat erfdienstbaarheden zijn; maar ook dewijl *b* zelfs bij die opvatting het a. 1538 verkeerlijk is toegepast, aangezien het is toepasselijk gemaakt zonder dat door den regter onderzocht en beslist is het bestaan van het vermoeden, waarvan de toepasselijkheid van het a. afhangt, of dit vermoeden door eenige partij is beweerd of uitgesproken;

„O., dat het Hof tot het bekrachtigen van het vonnis, waarbij de vordering van den eischer tot onder-vrijwaring is ontzegd, hoofdzakelijk is geleid door de overweging:

„dat de verkooper tot geene andere vrijwaring jegens den kooper ter zake dier lasten" (dat is: der lasten bedoeld bij a. 1528 B.-W.) „gehouden is dan die bestaat in de schadeloosstelling voor de mindere waarde, welke het door hem verkochte goed wegens die lasten heeft, zooals volgt uit de a. 1528 en 1538 B.-W., in verband met het beginsel ten grondslag liggende aan a. 1537 *ibidem*, moetende a. 1538, ofschoon alleen erfdienstbaarheden noemende, geacht worden ook op andere zakelijke lasten, zooals tienden, grondrenten enz. te doelen, als zijnde het blijkbaar eene verdere regeling of uitwerking van het van lasten in het algemeen sprekende slot van a. 1528;"

„O., dat het Hof, oordeelende dat a. 1538 moet geacht worden ook op andere zakelijke lasten dan erfdienstbaarheden te doelen, en te bevatten eene verdere regeling of uitwerking van het slot van a. 1528, het eerstgemelde wetsa. ten deze mede heeft toegepast, doch zulks ten onregte;

„O. toch, dat, nadat de wet bij a. 1528, lasten in het algemeen, zonder onderscheid had vermeld, a. 1538 in zoo duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen alleen van eene

bepaalde soort van lasten handelt, dat reeds daardoor de vraag, of de wetgever aldaar ook op meerdere lasten kan hebben gedoeld, wordt uitgesloten, en in het midden kan worden gelaten of het aannemelijk is, dat de wetgever, indien hij de in a. 1528 *indistincte* genoemde lasten bij a. 1538 nader zoude hebben willen regelen, daartoe woorden die eene bepaaldelijk engere beteekenis hebben, zoude hebben gebezigd, alsmede of niet grond bestaat voor de onderstelling dat de wetgever, een onderscheid makende tusschen erfdienstbaarheden en andere lasten, eene met de woorden van het a. overeenstemmende bedoeling heeft gehad;

„O., dat dus a. 1538 hier alle toepassing mist, maar dat nu nog de vraag blijft of de vordering van den eischer tot onder-vrijwaring eenen voldoenden grondslag vindt in a. 1528;

„O., te dien aanzien, dat de verpligting bij dat a. den verkooper opgelegd om den kooper te waarborgen wegens de lasten welke men beweert op het goed te hebben, moet geacht worden, ook zonder nadere wettelijke regeling of uitwerking, mede te brengen dat de verkooper den kooper behoort schadeloos te stellen ter zake van hetgeen door derden wegens die lasten wordt gevorderd en van de nadeelige gevolgen daarvan voor den kooper, zoodat deze door dien waarborg in dien staat wordt gebragt alsof hij een onbezwaard goed had gekocht;

„dat nu volgens 's Hofs arr. de eisch tot onder-vrijwaring daartoe strekte, dat, indien de gedaagden in onder-vrijwaring (nu verw[s] in cassatie) niet in het geding zouden tusschenkomen en daarin de zaak van den eischer in onder-vrijwaring (nu eischer in cassatie) overnemen, of indien aan den oorspronkelijken gedaagde, eischer in vrijwaring (nu derden medeverw. in cassatie), of wel aan de oorspronkelijke eischers (nu eerste en tweede medeverw. in cassatie) hunne vordederingen mogten worden toegewezen, de gedaagden in onder-

vrijwaring zouden worden veroordeeld aan den eischer in onder vrijwaring te vergoeden alle kosten, schaden en interessen daardoor aan hem te veroorzaken, en in het algemeen om hem te vrijwaren wegens alle veroordeelingen, welke op die vorderingen mogten worden uitgesproken en hem deswege koste- en schadeloos te houden;

„O., dat derhalve eene vordering tot onder-vrijwaring als de onderwerpelijke door a. 1528, alleen en op zich zelf, wordt geregtvaardigd;

„O., dat het nu wel de vraag zoude kunnen zijn of bij lasten die periodieke uitkeeringen te weeg brengen, a. 1528 eene vordering verleent, strekkende tot het erlangen eener vergoeding waarin de kooper een voldoenden waarborg in eens of tegen de telkens zich herhalende uitkeeringen kan vinden, en wel bepaaldelijk waar het, gelijk *in casu*, tienden geldt, een tot den afkoop toereikend bedrag te verkrijgen;

„dat het echter dan zoude betreffen een regt van den kooper, niet van den verkooper, en deze zich in geen geval ter bestrijding van de vordering des koopers daarop zoude kunnen beroepen;

„O., dat mitsdien a. 1528 B.-W. door de beslissing van het Hof is geschonden;

„O., dat uit de voorgaande overwn ten aanzien der a. 1538 en 1528 volgt, dat het bestreden arr. behoort te worden vernietigd zonder dat een onderzoek aangaande de beweerde verkeerde toepassing of schending van de verder aangehaalde a. der wet vereischt wordt;

„dat echter nog meerdere middelen van verwering door de toen gedaagden in onder-vrijwaring zijn te berde gebragt, en derhalve nog feitelijke en regtspunten zijn onopgelost gebleven, zoodat thans de zaak niet ten principale kan worden beslist, maar ingevolge a. 424 jo a. 422 B.-R., naar het Hof moet worden teruggewezen;

„Vernietigt het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 8 Mei 1878, waartegen de voorziening in cassatie is gerigt;

„Wijst de zaak terug naar gemeld Geregtshof, ten einde, met inachtneming van de tegenwoordige uitspraak, aldaar verder in hooger beroep te worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt de verw[s] in de kosten van het geding in cassatie."

N° 1626. — Arrest van 31 Jan. 1879.

(A. 334 B.-R.)

Kan de vraag of al dan niet te regt berusting door den regter in appel was aangenomen of ontkend, in cassatie worden onderzocht, wanneer zijne beslissing op regtskundige waardering der feiten is gegrond? — Ja.

Heeft de regtb. a. 334 *Sg geschonden door te beslissen dat berusting door passieve tegenwoordigheid bij het afleggen van een aan de wederpartij opgelegden suppletoiren eed,* wel *mogelijk is in eene interlocutoire beslissing, doch* niet *in een zoogenaamd voorwaardelijk eindvonnis?* — Ja.

Is de regter in cassatie bij magte ten principale over de berusting te beslissen, waar de regtb., ten gevolge van de door haar aangenomen regtsbeschouwing, zich onthouden heeft aan de oplossing der vraag of, aangenomen de mogelijkheid der berusting, deze al of niet moet geoordeeld worden in casu *te hebben plaats gehad?* — Neen.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens de Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„Bij vonnis van het kngt. te Eindhoven is aan de eischende firma hare vordering toegewezen, *mits* zij door een harer vennooten uitzwere: „dat hare vordering, zooals die in de dagvaarding is gearticuleerd, is deugdelijk," terwijl voor het geval die eed niet werd afgelegd, de vordering als ongegrond werd ontzegd.

„Op de bij dat vonnis bepaalde teregtzitting is de voorzegde

eed afgelegd, in tegenwoordigheid van den verw., nadat deze bij deurwaardersexploit was opgeroepen om bij die eedsaflegging tegenwoordig te zijn.

„Daarna is de verw. van het bedoelde vonnis in hooger beroep gekomen, en de thans eischende firma heeft een middel van niet-ontvankelijkheid tegen dat beroep voorgesteld, op grond dat de app. (nu verw.) in dat vonnis zou hebben berust, welk middel van niet-ontvankelijkheid bij het beklaagde vonnis is verworpen, met last aan de partijen om ten principale voort te procederen.

„Als *cassatie-middel* wordt tegen deze beslissing voorgesteld: schending van a. 334 B.-R., door in ontkennenden zin te beantwoorden de vraag: of de app. (thans verw. in cassatie) geacht kan worden stilzwijgend te hebben berust in het vonnis *a quo*, zulks door passief tegenwoordig te zijn bij de aflegging van den in gezegd vonnis aan de wederpartij opgelegden suppletoiren eed, nadat hij daartoe was opgeroepen, en nadat het vonnis hem beteekend was? en door op dien grond te verwerpen het door de geintimeerde (thans eisch^{sse} in cassatie) opgeworpen, aan voerschreven a. 334 ontleend middel van niet-ontvankelijkheid in appel.

„Het *middel* wordt namens den verw. in de eerste plaats beantwoord met de opmerking, dat de vraag of er berusting in een vonnis bestaat, is eene feitelijke, ontsnappende aan de beoordeeling in cassatie.

„Ik geloof, dat men hier moet onderscheiden. De berusting kan bij een vonnis op geheel feitelijke gronden zijn aangenomen of ontkend, op grond van gedragingen en omstandigheden, waarvan de appreciatie geheel aan den *judex facti* is overgelaten, dan is de beslissing m. i. in cassatie onaantastbaar.

„Op zulke gevallen zien, geloof ik, de arr[n] van den H.-R. van 24 Junij 1853 (*N. Rspr.* XLV, 130) en 16 Apr. 1858 (v. d. Hon., *B.-R.* XXII, 184.)

„Maar er kan ook, na regtskundige waardering der feiten, zijn geoordeeld of er al dan niet was berust, en dan is voorzeker het onderzoek in cassatie geoorloofd.

„Meermalen heeft dan ook de H.-R. de vraag of al of niet teregt berusting door den regter in appel was aangenomen of ontkend, onderzocht.

„Dit onderzoek geschiedde bij arr. van 3 Oct. 1851 (v. D. HON., *B.-R.* XIII, 175; *N. Rspr.* XL, 3), ofschoon de H.-R. daarbij in het midden meende te moeten laten of de beslissing, zooals die toen was gevallen, *facti* was of niet. Zonder die reserve had dat onderzoek plaats bij arr[n] van 10 Mei 1844 (v. D. HON., *B.-R.* V, 268; *Rspr.* XVII, 98), 28 Febr. 1851 (v. D. HON., *B.-R.* XII, 381), en 19 Nov. 1869 (v. D. HON., *B.-R.* XXXIV, 73; *N. Rspr.* XCIII, 179). Men vergelijke de conclusiën van Mr. DE BORDES, behoorende bij het eerste en van Mr. KARSEBOOM, behoorende bij het laatste arr., en CARRÉ (editie van CHAUVEAU ADOLPHE) Q. 1584, noot 2, waar eenige arr[n] van het Hof van cassatie worden aangehaald, waarbij de quaestie van *acquiescement* is onderzocht.

„Ik spreek hier natuurlijk alleen van arr[n], waarbij te beoordeelen was of de regter *in hooger beroep* juist over de exceptie van berusting had beslist, niet over die talrijke arr[n], waarbij het de vraag gold of de *voorziening in cassatie* nog ontvankelijk was wegens beweerde berusting, want in dit laatste geval moet de H.-R. zelf in een onderzoek van feiten treden, omdat die hebben plaats gehad nà het gewijsde, waartegen de cassatie is gerigt, op een tijdstip dat de *judex facti* had gedefungeerd.

„Wat is nu de beslissing van het vonnis?

„Het afleggen van den eed onder de reeds vermelde omstandigheden, staat vast.

„Volgens het vonnis laat de regter daar de vraag: of in

het algemeen de passieve tegenwoordigheid bij het afleggen van den eed, voor eene stilzwijgende berusting in de uitspraak kan gehouden worden, maar is van oordeel, dat dit stellig het geval niet is in de onderwerpelijke zaak, en dat wel, *omdat* het vonnis *a quo* niet is eene interlocutoire uitspraak, maar een zoogenaamd voorwaardelijk vonnis, hetwelk eerst eene ware beslissing wordt nà de vervulling der voorwaarde, alzoo *in casu* na de aflegging van den opgelegden eed, zoodat vóór de eedsaflegging geen sprake kan zijn van de executie van zoodanig vonnis, waaruit zoude volgen, dat vóór dien tijd geene stilzwijgende berusting mogelijk is. De beslissing berust dus niet op bijzondere feitelijke omstandigheden, die zich in deze zaak voordeden, maar op beschouwingen omtrent den aard van het vonnis, waarin berusting werd beweerd en de vraag wat onder executie van zoodanig vonnis is te verstaan, en deze gronden zijn m. i. allezins vatbaar om in cassatie te worden onderzocht.

„Daartoe overgaande merk ik op, dat de regter *a quo* er toe schijnt over te hellen om in het lijdelijk, zonder reserve of protest, tegenwoordig zijn bij het afleggen van den aan de wederpartij opgelegden suppletoiren eed, na daartoe opgeroepen te zijn, berusting te vinden in het vonnis, waarbij die eed was opgelegd, indien dit was geschied bij eene *interlocutoire* uitspraak.

„Ik geloof ook dat daartegen niet veel is in te brengen. Dit leeren o. a. CARRÉ, *ll.*, en TOULLIER, (Fr. editie) X, n° 425; het is ook geheel in overeenstemming met de constante jurisprudentie van den H.-R. omtrent berusting in interlocutoire beslissingen. Wanneer zonder voorbehoud van hoogere voorziening of protest en in tegenwoordigheid van de wederpartij datgene is geschied wat bij het interlocutoire was bevolen, nam de H.-R. steeds aan, dat berusting bestond. Men zie

de arr[n] van 16 Dec. 1842 (v. d. Hon., *B.-R.* IV, 128; *N. Rspr.* XIII, 364), 10 Mei 1844 (v. d. Hon., *B.-R.* V, 268; *N. Rspr.* XVII, 98), 9 Mei 1845 (v. d. Hon., *B.-R.* VII, 58; *N. Rspr.* XX, 294), 26 Junij 1857 (v. d. Hon., *B.-R.* XXI, 386; *N. Rspr.* LVI, 189), waarbij speciaal wordt genoemd de *lijdelijke contenance* bij de executie, 11 Mei 1860 (v. d. Hon., XXIV, 130; *N. Rspr.* LXIV, 267) Alleen wanneer het vonnis was uitvoerbaar verklaard bij voorraad, of de houding van de partij niet passief was, maar deze protesteerde of reserves maakte omtrent hoogere voorziening, heeft de H.-R. meermalen beslist, dat berusting niet was aan te nemen. Zie de arr[n] van 19 Nov. 1841 (v. d. Hon., *B.-R.* III, 36; *N. Rspr.* XI, 169), 10 Mei 1844 (v. d. Hon., *B.-R.* V, 284; *N. Rspr.* VIII, 12), 20 Febr. 1846 (v. d. Hon., *B.-R.* VII, 297; *N. Rspr.* XXIII, 277), 22 Dec. 1848 (v. d. Hon., *B.-R.* X, 213; *N. Rspr.* XXXII, 120), 23 Dec. 1853 (v. d. Hon., *B.-R.* XVII, 326; *N. Rspr.* XLVI, 240), 20 Dec. 1861 (v. d. Hon., XXVI, 104; *N. Rspr.* LXIX, 296).

„Maar moet nu anders geoordeeld worden, omdat wij hier niet te doen hebben met een interlocutoir, maar met een zoogenaamd voorwaardelijk vonnis? Ik geloof het niet. Dergelijk vonnis is altijd beschouwd als te zijn definitief. De H.-R. ging bij het arr. van 9 Mei 1845 (v. d. Hon., *B.-R.* VII, 58; *N. Rspr.* XX, 294) zoover, dat hij een interlocutoir waarbij een suppletoire eed werd opgelegd, *quoad formam* wel beschouwde als interlocutoir, maar als een interlocutoir dat na den afgelegden eed een onherroepelijk effect ten definitieve had bekomen, en, hoewel de eed slechts was afgelegd onder reserve door de wederpartij van het regt van cassatie, die reserve beschouwde als eene *protestatio actui contraria*, en berusting aannam.

„Het reeds door mij aangehaalde arr. van 10 Mei 1844

behandelde een geheel soortgelijk geval als het onderwerpelijke, ofschoon toen de eed was opgelegd bij een interlocutoir vonnis. Bij zijne conclusie was de Proc.-G. mr. DE BORDES van oordeel, dat de berusting, die hij toen aannam te be staan ten aanzien van het interlocutoire, geen berusting medebragt in het definitieve vonnis.

„Maar hij voegde er bij: „Dit zoude wel waar zijn ge„weest, indien in het dictum de regtsvordering van den „toenmaligen eischer ware toegewezen, *mits* onder eede „verklarende dat de verkoop," enz. Dan had de interlocutie „de kracht gehad van een definitief vonnis, en dan waren „er termen geweest om de leer van Prof. VOET ter aan„gehaalde plaatse, gefundeerd op de l. 31 ff. *de jurejurando* „toe te passen."

„Inderdaad is niet te ontkennen, dat de eedsaflegging wel degelijk is te beschouwen als de executie van het definitieve vonnis. Dit werd ook aangenomen door den H.-R. bij arr. van 26 Junij 1846 (v. D. HON., *B.-R.* VIII, 39; *N. Rspr.* XXV, 37) en de wederpartij, die niet alleen voor de eedsaflegging geen appel tegen dit vonnis aanteekent, maar die, daartoe opgeroepen, bij die eedsaflegging assisteert, zonder eenig protest of eenige reserve, berust in de uitspraak, die door de eedsaflegging een onherroepelijk effect bekomt.

„Het schijnt mij dan ook toe eene verwarring van denkbeelden te zijn, met het vonnis *a quo* te zeggen, dat geen executie van zulk een voorwaardelijk vonnis mogelijk is vóór de eedsaflegging. Dit moge waar zijn ten aanzien van de *voorwaardelijke veroordeeling*, maar het vonnis op zich zelf is geëxecuteerd en staat definitief vast door de vervulling van de voorwaarde, zonder tegenspraak of verzet.

„Minder gelukkig schijnt mij het beroep toe, namens den verw. gedaan op een betoog in de *Opm. en Meded.* IX (niet II) 283, over berusting in vonnissen, waarbij een

suppletoire eed is opgelegd. Daarbij wordt het gevoelen ontwikkeld (in strijd met de jurisprudentie van den H.-R.) dat men, door zonder reserve tegenwoordig te zijn bij eene eedspraestatie, bij *interlocutoir* vonnis opgelegd, daardoor nog niet berust, en een vonnis door de regtb. te Groningen in dien geest gewezen, verdedigd. Maar er wordt door den schrijver bijgevoegd (bl. 292 volg.), dat de beslissing van de Groningsche regtb. hem toch bedenkelijk voorkomt, omdat het betrof een voorwaardelijk vonnis van een kntr., en dus een eindvonnis, dat den aard en den vorm van een interlocutoir had verloren, daar er slechts acte werd verleend van den afgelegden eed en de zaak niet op nieuw door den regter ten definitieve beslist werd.

„Ik acht dus het *middel* gegrond, en heb de eer te concluderen tot vernietiging van het beklaagde vonnis, en dat de H.-R. ten principale regtdoende, den app. (nu verw.) zal verklaren niet-ontvankelijk in het door hem ingestelde hooger beroep, met veroordeeling ook in de kosten van hooger beroep in cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de kntr. te Eindhoven, bij contradictoir vonnis van 4 Aug. 1877, uitvoerbaar bij lijfsdwang en bij voorraad mits borgtogt, den verw. in cassatie heeft veroordeeld, om aan de eisch^sse de daarbij vermelde som te betalen met de handelsinteressen sedert den dag der dagvaarding en in de kosten, mits de eisch^sse door een harer vennooten uitzwere: „dat hare vordering, zooals die in de dagvaarding is geartieuleerd, is deugdelijk," met bevel dat de eed zal worden afgelegd ter bij dat vonnis bepaalde teregtzitting, in tegenwoordigheid van gedaagde of dezen behoorlijk opgeroepen, doch, in geval de meergemelde eed niet wordt afgelegd, de vordering der eisch^sse heeft verklaard ongegrond en haar die heeft ontzegd;

„dat op de bij gemeld vonnis bepaalde teregtzitting de voorzegde eed is afgelegd in tegenwoordigheid van den verw., nadat deze bij deurwaarders-exploit van 18 Aug. 1877, met beteekening van dat vonnis was opgeroepen om bij die eedsaflegging tegenwoordig te zijn;

„dat, bij exploit van den 23n dier maand, de verw. is gekomen in hooger beroep van gemeld vonnis aan de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch;

„dat de geint. firma, zonder zich bij de regtb. omtrent de hoofdzaak uit te laten, aldaar heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring van den app. in zijn hooger beroep, op grond dat de app. in het vonnis *a quo* zou hebben berust, naardien hij, daartoe, met beteekening van het vonnis, opgeroepen zijnde, tegenwoordig is geweest bij het afleggen van den suppletoiren eed, door den kntr. aan de geint. firma opgelegd;

„dat de app. bij de regtb. gemeld middel van niet-ontvankelijkheid heeft bestreden, op grond dat hij volstrekt niet in het vonnis van den kntr. zou hebben berust;

„dat de regtb., bij vonnis van 24 Mei 1878, het bij haar voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid ongegrond heeft verklaard en het heeft verworpen, met bevel aan partijen om ten principale voort te procederen;

„O., dat de eischende firma zich tegen gemeld vonnis heeft voorzien in cassatie en als eenig *middel* van cassatie heeft voorgesteld: schending van a. 334 B.-R., door in ontkennenden zin te beantwoorden de vraag: of de app. (thans verw. in cassatie) geacht kan worden stilzwijgend te hebben berust in het vonnis *a quo*, zulks door passief tegenwoordig te zijn bij het afleggen van den in gezegd vonnis aan de wederpartij opgelegden suppletoiren eed, nadat het vonnis hem beteekend was, en door op dien grond te verwerpen het door de geint. (thans eisch[sse] in

cassatie) opgeworpen, aan voorschreven a. 334 ontleend middel van niet-ontvankelijkheid in appel;

„O. nu ten dien aanzien, dat blijkens de overw^n^ van gemeld vonnis ten aanzien van het regt, de voorgestelde exceptie is verworpen, niet op grond van waardering of appreciatie van handelingen of gedragingen van den verw., aan zijn appel vooraf gegaan, maar op grond van eene regtskundige beschouwing omtrent den aard van het vonnis, waarbij aan de eisch^sse^ de suppletoire eed was opgelegd, op grond namelijk, dat gemeld vonnis niet is eene interlocutoire uitspraak, maar een zoogenaamd voorwaardelijk eindvonnis, hetwelk eerst eene ware beslissing wordt na de vervulling der voorwaarde, alzoo *in casu* na de aflegging van den opgelegden eed; dat mitsdien, volgens de regtb., vóór die eedsaflegging geene sprake kan zijn van de executie van zoodanig vonnis, en dat daaruit wederom zoude volgen, dat vóór dien tijd geene stilzwijgende berusting daarin mogelijk zoude zijn;

„O. echter, dat a. 334 B.-R. ook geldt bij voorwaardelijke eindvonnissen, omdat daarin evenzeer kan worden berust als in de onvoorwaardelijke; dat de mogelijkheid van berusting in een voorwaardelijk eindvonnis, waarbij als voorwaarde een eed is opgelegd, reeds bestaat ten opzigte van den bij hetzelve opgelegden eed, door welks aflegging aan het vonnis reeds gevolg wordt gegeven door de tegenpartij, al is het dat de verdere tenuitvoerlegging van het vonnis eerst na die eedsaflegging mogelijk wordt;

„O. bijgevolg, dat de regtb., door het maken van onderscheiding tusschen voorwaardelijke en niet-voorwaardelijke eindvonnissen, het in het *cassatie-middel* als geschonden voorgestelde a. 334 heeft geschonden, en dat het beklaagde vonnis alzoo behoort te worden vernietigd;

„dat de H.-R. echter niet bij magte is in deze zaak ten

principale regt te doen, daar de regtb., tengevolge van de door haar aangenomen regtsbeschouwing, zich onthouden heeft van de oplossing der vraag, of, aangenomen de mogelijkheid van berusting, deze al of niet moet geoordeeld worden *in casu* te hebben plaats gehad;

„Vernietigt het gemeld vonnis der arr.-regtb. te 's Hertogenbosch, 24 Mei 1878 tusschen partijen gewezen;

„Gezien a. 424 B.-R., in verband met a. 422 van dat Wetb.;

„Wijst de zaak terug naar gemelde regtb., om, met inachtneming van dit 's H.-R[s] arr., de zaak verder te behandelen en te beslissen;

„Veroordeelt den verw. in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1627. — Arrest van 7 Febr. 1879.

(A. 582 B.-W. jo a. 542 C. C.)

Heeft het Hof, door te beslissen dat het eigendom van de gemeente Doesborgh op de stadsweidegronden is een privaatregtelijke eigendom, ontkend hetzij dat er onder het fransche regt goederen bestonden waarop de bewoners van een of meer verschillende gemeenten een verkregen regt hadden, hetzij dat zaken aan eene gemeenschap behoorende, de zoodanige te zijn, die het gemeenschappelijk eigendom zijn van een zedelijk ligchaam? — Ja.

Heeft het Hof, aannemende dat de weidegronden zijn het privaat eigendom der gemeente Doesborgh, in die onderstelling zeer juist aangenomen dat bezwaring of belasting van dien eigendom, vroeger en nu, alleen kon geschieden door raadsbesluit? — Ja.

Stuiten de overige in casu *aangevoerde beweringen af op des regters feitelijke beslissingen?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Voor dat ik overga tot de behandeling der voorgestelde

cassatie-middelen, acht ik het wenschelijk den inhoud van het beklaagde arr. na te gaan.

„Bij de tweede overw. *i. j.* daarvan wordt in het midden gelaten of (zooals de thans eischer had beweerd) sedert eeuwen steeds aan het burgerregt van de stad Doesborgh, voor elk der bezitters daarvan, inhaerent is geweest het regt van opdrift of weideregt van hoogstens drie melkkoeijen op de zoogenaamde stadsweide van Doesborgh, en wel omdat de eischer in cassatie, zijne, door den verw. ontkende, geregtigheid tot dat weideregt, niet bewijst.

„In de volgende (derde) overw. wordt vermeld wat de nu eischer tot bewijs van zijn regt had aangevoerd, en wel 1° dat op verzoek van zijn vader, om tegen betaling van het daartoe staande, te mogen genieten het groot burger- of opdrijvingsregt in de stadsweide, door *Burgemeester en Wethouders* van Doesborgh op 25 Febr. 1834, blijkens het overgelegd extract van de notulen van het door hen verhandelde, is goedgevonden dit verzoek te accorderen; en 2°, dat (zooals gezegd wordt *in confesso* te zijn) in 1874 en volgende jaren de opbranding ten behoeve van den eischer van eene koe voor de stadsweide namens het gemeentebestuur heeft plaats gehad, zonder eenig protest van dat bestuur en die koe toen op die weide tegen betaling door hem van de retributie, welke van weidegeregtigden wordt gevorderd, heeft geweid.

„In de 5e en 6e overw. worden die bewijsmiddelen gewogen en te ligt bevonden. Er wordt uitgemaakt, dat de stadsweiden te Doesborgh moeten geacht worden te zijn *het privaatregtelijk* eigendom der gemeente, — dat niet is geregtvaardigd het sustenu van den nu eischer, dat aan de weidegeregtigden te zamen zou behooren het *dominium utile* der weiden, en de gemeente van dit haar eigendom geen baten zou mogen trekken, — voorts, dat het questieuse weideregt (over

het bestaan waarvan zich echter, zooals ik reeds opmerkte, de regter niet uitlaat) zou zijn een last op die weiden, en alzoo de toekenning daarvan door de gemeente aan een tot dusverre niet geregtigde een belasten of bezwaren van die bezitting, — dat in 1834 vigeerde het reglement voor het bestuur der steden in de noordelijke provinciën van 4 Jan. 1824, — dat volgens a. 71 van dat reglement het bezwaren of belasten van stadsbezittingen slechts kon geschieden door den Raad, onder goedkeuring des Konings, en niet door Burg. en Weth., zoodat uit het door den vader van den nu eischer verkregen besluit van Burg. en Weth. in geen geval zijne weidegeregtigheid kan volgen; — eindelijk, dat in het opbranden en weiden tegen retributie geene erkenning van bezit van weideregt bij den nu eischer ligt opgesloten, en al ware dit wel het geval die erkenning op zich zelve niet kan dienen als bewijs voor het bestaan van een regt, hetwelk ten tijde der erkenning, volgens de gemeentewet, als zijnde een bezwaar op onroerend gemeente-eigendom, niet naar regten kan worden gevestigd dan door een door Gedep. Staten goedgekeurd raadsbesluit, ter vervanging waarvan anders zoodanige erkenning zou gelden, hetgeen geheel onaannemelijk is.

„In de 7e overw. wordt gehandeld over het bij pleidooi aangeboden getuigenbewijs en dit niet ter zake dienende noch afdoende geoordeeld, omdat door het reeds vermelde de ontzegging van de vordering aan den eischer volkomen geregtvaardigd wordt geacht, — terwijl onbeslist wordt gelaten de vraag: of, indien de eischer zijn weideregt had bewezen, de ontzegging toch niet zou moeten worden gehandhaafd, wegens den eisch van *onontgeldelijke* beweiding der stadsweiden en over hare geheele uitgestrektheid, „welke „eisch door de in de conclusie in appel aangebragte, zoo „gewilde vermindering inderdaad geene iets beteekenende

„wijziging heeft ondergaan," zooals het Hof zegt. Uit dit laatste volgt, dat, indien er van cassatie sprake kan zijn, de H.-R. niet ten principale zal kunnen regtspreken.

„Tegen de beslissingen van het Hof worden niet minder dan *vijf cassatie-middelen* voorgesteld, die allen bijzonderheden van het arr., en eigenlijk geen van allen regtstreeks het dictum betreffen.

„Het *eerste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 582 B.-W., j° 542 *C. C.* en a. 1 O., door te beslissen, dat de eigendom van de gemeente Doesborgh aan de in de introductieve dagvaarding naauwkeurig omschreven weidegronden, is een privaatregtelijk eigendom van deze gemeente, die daaruit ten eigen behoeve baten kan trekken, zonder acht te slaan op het *verkregen regt* van den vader van den req. en van dezen req. zelven, en door te beslissen, dat aan de gezamenlijke weidegeregtigden niet zou toekomen het *dominium utile* dezer weiden.

„Ik begin met op te merken, dat er van *verkregen regten* van den vader van den eischer en van den eischer zelven, waarop geen acht zou geslagen zijn, geen sprake kan wezen, daar juist een onderzoek naar die beweerde regten, en de beslissing dat die regten niet bewezen waren, tot de ontzegging van de vordering heeft geleid. A. 1 O., dat onder vroegere wetgevingen verkregen regten handhaaft, mist dus daarom reeds alle toepassing.

„Voorts is op feitelijke gronden beslist, dat de aard van den eigendom van de gemeente Doesborgh privaatregtelijk was, en wel omdat die eigendom bestaat alleen uit weiland, en niet blijkt van eenige bestemming er van voor de openbare dienst of ten dienste van het algemeen, hoedanige bestemming uit de gesustineerde weidegeregtigdheid van sommigen onmogelijk kan worden afgeleid.

„Evenzoo steunt de ontkentenis van het *dominium utile*

aan zijde van weidegeregtigden op den feitelijken grond, dat de gemeente soms gedeelten der stadsweiden voor hulgras heeft laten liggen en dit hulgras ten eigen bate heeft verkocht, waaruit blijkt, dat de gemeente van dit eigendom baten mag trekken.

„Overigens is het mij niet duidelijk hoe de gemelde a. van den *C.-C.* en het B.-W. door de beslissing van het Hof zouden kunnen geschonden zijn. Dat er volgens het Fransche regt goederen kunnen bestaan, waarop inwoners van eene of van verschillende gemeenten een verkregen regt hebben en dat die *biens communaux* worden genoemd, zooals a. 542 *C.-C.* leert, en dat zaken aan een gemeenschap toebehoorende zoodanige zijn, die het gezamenlijk eigendom zijn van een zedelijk ligchaam, zooals a. 582 B.-W. definieert, wordt volstrekt niet door het Hof ontkend door te beslissen, dat *in casu* de bedoelde weidegronden zijn een privaatregtelijk eigendom van de gemeente en dat aan de weidegeregtigden niet het *dominium utile* der weiden toekomt.

„Het *tweede middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 71 van het Reglement voor het bestuur der steden in de noordelijke provincien van 4 Jan. 1824, a. 130, al. 3, der wet van 29 Junij 1851, *St.* n° 85, en a. 2 van de verordening der gemeente Doesborgh van 24 Febr. 1876, door te beslissen, dat, al ware het weideregt van Doesborgh ook na de opheffing van het oude burgerregt, een zelfstandig privaatregt gebleven, dat verkregen kon worden op de wijze als door de req. wordt gesteld en bewezen, of althans te bewijzen aangeboden, dat met hem het geval is geweest, — dan nog Burg. en Weth. in 1834 niet bevoegd waren zoodanig „regt van opdrift" aan een tot dusver ongeregtigde te verleenen, en de req. evenmin in 1874 en later zijn regt kon zien erkennen anders dan met inachtneming van de bepalingen der thans vigerende Gem.-wet

ten opzigte van het bezwaren van onroerende gemeente-eigendommen.

„Het staat vast, dat de weiden zijn het privaatregtelijk eigendom van de gemeente en dat de weidegeregtigden daarvan niet hebben het *dominium utile.*

„Nu beslist het Hof, dat Burg. en Weth. alleen in 1834 niet bevoegd waren daarop regten te verleenen, evenmin in 1874 regten te erkennen, met dat effect, dat daardoor een tot dusver niet bestaand regt werd gevestigd.

„Door de eerste beslissing wordt voorzeker a. 71 van het bedoelde Reglement niet geschonden of verkeerd toegepast, daar die geheel daarmede in overeenstemming is. En de tweede beslissing wordt m. i. volkomen geregtvaardigd door de bepalingen van a. 137, 138 en 194 Gem.-wet.

„Dat er vruchten kunnen zijn, welke de ingezetenen eener gemeente *in natura* uit een gemeente-eigendom trekken, zooals volgt uit a. 130, al. 3, Gem.-wet, is volstrekt niet door het Hof tegengesproken, en dit a. kan dus niet geschonden zijn, maar doet eenvoudig hier niets ter zake. Evenmin kan er schending plaats hebben van het aangehaalde a. der Gem.-verordening, reeds daarom, omdat die geene wijziging kan brengen in hetgeen door de wet is bepaald. Ik zal bij deze conclusie overleggen een afschrift van het bij het *middel* bedoelde besluit van den Raad der gemeente Doesborgh, waaruit den H.-R. zal blijken, dat dit niets strijdigs met de wet bevat.

„Bovendien beslist het Hof niet alleen, dat erkenning door Burg. en Weth. van het regt van den eischer, geen regt kan geven, maar neemt in de eerste plaats, op een feitelijken, niet bestreden grond aan, dat geene erkenning van regt volgt uit het branden en laten weiden van eene koe van den eischer op de stadsweide, en wel omdat dit welligt aan mindere naauwlettendheid van een ondergeschikt beambte is toe te schrijven.

„Als *derde cassatie-middel* is voorgesteld: schending van a. 1907 B.-W., door te beslissen, dat de authentieke acte van 25 Febr. 1834 niet bewijst tusschen partijen, dat J. S. de vader des eischers, het regt van opdrift op de stadsweide heeft gekregen, en dat evenmin de authentieke acten van 1 Aug. 1874 en 10 Aug. 1875, waarbij de opbranding van een stuk vee des eischers werd toegestaan, eene erkentenis van het bezit van weideregt bevat, tusschen partijen bewijs opleverende van het bestaan van des req^r regt.

„Aangenomen, dat de hierbedoelde acten zijn authentieke, en daargelaten, dat de bewijskracht van de acte in 1834 verleden, niet moet worden beoordeeld naar het tegenwoordig Burg. Wetb., maar naar den *C. C.*, zoodat dienaangaande geene schending van a. 1907 B.-W. kan plaats hebben, doe ik enkel opmerken, dat a. 1907 alleen zou kunnen miskend zijn, indien het Hof had aangenomen, dat de in de acten vermelde feiten waren onbewezen. Dit is echter niet geschied, maar alleen is beslist, dat daardoor geen regten voor den eischer zijn geboren als afkomstig van personen, die geen regten konden verleenen.

„Bovendien is de gemeente Doesborgh, tegen welke dit geding gevoerd wordt, bij die acten geen *partij* geweest.

„Bij het *vierde cassatie-middel* wordt als geschonden voorgesteld a. 199 B.-R., omdat het Hof de daadzaak, die door den app. (nu req.) te bewijzen werd aangeboden, niet ter zake dienende, noch afdoende heeft verklaard, niettegenstaande juist deze daadzaak door den eersten regter noodig werd geacht tot aanvulling van het reeds geleverde bewijs.

„Uit het verband van a. 199 en 203 B.-W. volgt, dat het getuigenverhoor moet worden bevolen, indien de daadzaken, die ontkend worden, ter zake dienende en afdoende zijn. Of te bewijzen gestelde daadzaken zijn ter zake dienende en afdoende is over het algemeen eene *quaestio facti*. Alleen

wanneer de beslissing berust op een regtsgrond kan daarop in cassatie worden teruggekomen; arr. van 5 Mrt. 1852 (v. d. Hon., *B.-R.* XIV, 189; *N. Rspr.* XLI, 152), van 9 Dec. 1859 (v. d. Hon., *B.-R.* XXIII, 443; *N. Rspr.* LVIII, 215.)

„De grond van beslissing is hier deze, dat de ontzegging van de vordering door den eersten regter door het in het arr. betoogde volkomen is geregtvaardigd. Zoolang dit het geval is (en hiertegen wordt bij het *middel* niet opgekomen, wel bij het vorige *middel*, maar, zooals ik trachte aan te toonen, te vergeefs) kan over de afwijzing van het getuigenbewijs niet worden geklaagd.

„Hoe er op zich zelf, zooals bij het *middel* geschiedt, een grief van kan gemaakt worden, dat de hoogere regter eene andere meening is toegedaan dan de regter *a quo*, is mij niet regt duidelijk.

„Het *vijfde* en laatste *middel*, schending van a. 59, n° 3, B.-R., omdat het Hof de gronden niet opgeeft voor de uitspraak tot eenvoudige bevestiging van het vonnis *a quo*, maar integendeel overweegt dat niet behoeft te worden onderzocht of de ontzegging van req^s vordering moet worden gehandhaafd, hetgeen te meer klemt, omdat het Hof, het vonnis *a quo* geheel bevestigende, daarmede tevens heeft bevestigd de uitdrukkelijke en gemotiveerde beslissing van den regter *a quo*, dat de oorspronkelijke eischer ontvankelijk was in zijne ingestelde vordering, — kan niet tot cassatie aanleiding geven: 1° omdat het arr. *is* gemotiveerd en het aangehaalde a. niet voorschrijft, dat een gewijsde *behoorlijk* en in al zijne onderdeelen moet gemotiveerd zijn, en 2°, omdat het aangehaalde a. geene nietigheid bedreigt, en alleen in verband gebragt met het niet aangehaalde a. 20 R.-O. tot vernietiging zou kunnen aanleiding geven. Een en ander werd meermalen door den H.-R. beslist, laatstelijk bij arr. van 1 Nov. jl (v. d. Hon., *B.-R.* XLIII, 361).

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 582 B.-W. j° a. 542 *C.-C.* en a. 1 O., door te beslissen, dat de eigendom van de gemeente Doesborgh aan de in de introductieve dagvaarding naauwkeurig omschreven weidegronden, is een privaatregtelijk eigendom van deze gemeente, dat daaruit ten eigen behoeve baten kan trekken, zonder acht te slaan op het verkregen regt van den vader van den req. en van dezen req. zelven, en door te beslissen, dat aan de gezamenlijke weidegeregtigden niet zoude toekomen het *dominium utile* dezer weiden;

„O., dat dit *middel* berust op de veronderstelling, dat de eischer zoude hebben een verkregen regt op de bij de dagvaarding omschreven weidegronden, doch dat die veronderstelling is onjuist, vermits de vordering des eischers, juist omdat zijne beweerde regten naar het oordeel van het Hof niet bewezen waren, hem is ontzegd;

„O., dat derhalve geene sprake kan zijn van schending van a. 1 O. evenmin als van schending of verkeerde toepassing van a. 542 *C.-C.* of van a. 582 B.-W., vermits het Hof, door te beslissen, dat het eigendom van de gemeente Doesborgh op de stadsweidegronden is een privaatregtelijk eigendom, niet ontkend heeft, noch dat onder het Fransche regt goederen bestonden, waarop de bewoners van een of meer verschillende gemeenten een verkregen regt hadden, noch dat, zooals a. 582 dat uitdrukt, zaken aan eene gemeenschap behoorende de zoodanige zijn, die het gemeenschappelijk eigendom zijn van een zedelijk ligchaam;

„O., dat het *eerste middel* van cassatie derhalve is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld:

schending en verkeerde toepassing van a. 71 van het reglement voor het bestuur der steden in de noordelijke provincien van 4 Jan. 1844 (1824), a. 130, al. 3, der wet van 29 Junij 1851, *St.* n° 85, en a. 2 van de Verordening der gemeente Doesborgh van 24 Febr. 1876, door te beslissen, dat, al ware het weideregt van Doesborgh ook na de opheffing van het oude burgerregt een zelfstandig privaatregt gebleven, dat verkregen kan worden op de wijze als door den req. wordt gesteld en bewezen, of althans te bewijzen aangeboden, dat met hem het geval is geweest, dan nog Burg. en Weth. in 1834 niet bevoegd waren zoodanig „regt van opdrift" aan een tot dusver niet geregtigde te verleenen en de req. evenmin in 1874 en later zijn regt kon zien erkennen anders dan met inachtneming van de bepalingen der thans vigerende Gem.-wet ten opzigte van het bezwaren van onroerende gemeente-eigendommen;

„O., dat bij dit *middel* wordt toegegeven, dat de weidegronden zijn het privaat eigendom der gemeente Doesborgh en dat de eischer daarop niet heeft het *dominium utile*, zooals dan ook door het Hof is beslist;

„O., dat in die vooronderstelling door het Hof zeer juist is aangenomen, dat Burg. en Weth. in 1834 niet bevoegd waren om zoodanig eigendom te belasten of te bezwaren, waartoe alleen de Raad de bevoegdheid had onder 's Konings goedkeuring, en evenzeer, dat ook de erkenning van het regt onder de heerschappij der tegenwoordige Gemeentewet door Burg. en Weth. niet ten gevolge kon hebben de vestiging van zoodanig bezwaar, omdat dit volgens die wet alleen kan geschieden door een raadsbesluit onder goedkeuring van Gedep. Staten, terwijl ook a. 2 der aangehaalde Verordening, hetwelk de uitoefening van het weideregt regelt, door die beslissing omtrent de verkrijging van dat regt, niet kan zijn geschonden;

„O., dat het *tweede middel* van cassatie derhalve is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is aangevoerd: schending van a. 1907 B.-W., door te beslissen, dat de authentieke acte van 25 Febr. 1834 niet bewijst tusschen partijen, dat J. S., de vader des eischers, het regt van opdrift op de stadsweiden heeft gekregen, en dat evenmin de authentieke acten van 1 Aug. 1874 en 10 Aug. 1875, waarbij de opbranding van een stuk vee des eischers werd toegestaan, eene erkentenis van bezit van weideregt bevat, tusschen partijen bewijs opleverende van het bestaan van des req[s] regt;

„O. te dien aanzien, dat, daargelaten de vraag of de gemeente Doesborgh was partij bij de gemelde acten en of die acten zijn authentieke acten, in allen geval de beantwoording der vraag, wat door eene acte bewezen wordt, staat aan den regter van het feit, zoodat door de beslissing dat die acten niet opleveren het bewijs van des eischers regt, noch a. 1907 B.-W., noch eenig ander artikel, kan zijn geschonden;

„O., dat als *vierde middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 199 B.-R., omdat het Hof de daadzaak, die door den app. (nu req.) te bewijzen was aangeboden, niet ter zake dienende noch afdoende heeft verklaard en het aanbod van bewijs heeft gepasseerd, niettegenstaande juist deze daadzaak door den eersten regter werd noodig geacht tot aanvulling van het reeds geleverde bewijs;

„O., dat uit a. 199 in verband met a. 203 B.-R. volgt, dat het getuigenverhoor moet worden bevolen wanneer de gestelde en ontkende daadzaken zijn ter zake dienende en afdoende; dat echter bij de laatste overweging van het bestreden arr. is beslist, dat zulks in deze niet het geval is, en dat derhalve ook a. 199 B.-R. door de aangehaalde beslissing niet is geschonden;

„O., dat als *vijfde middel* van cassatie is aangevoerd: schending van a. 59, sub 3°, B.-R., omdat het Hof de gronden niet opgeeft voor de uitspraak tot eenvoudige bevestiging van het vonnis *a quo*, maar integendeel overweegt, dat niet behoeft te worden onderzocht of de ontzegging van des req^{s} vordering moet worden gehandhaafd, hetgeen te meer klemt, omdat het Hof, het vonnis *a quo* geheel bevestigende, daarmede tevens heeft bevestigd de uitdrukkelijke en gemotiveerde beslissing van den regter *a quo*, dat de oorspronkelijke eischer ontvankelijk was in zijne ingestelde vordering;

„O., dat dit *middel*, daargelaten dat a. 20 R.-O., waarbij alleen de nietigheid is bedreigd, niet is aangehaald, zijnen feitelijken grondslag mist, vermits het arr. met redenen is omkleed en de gronden inhoudt, waarop de beslissing berust, hetwelk alleen bij het aangehaalde a. wordt gevorderd;

„O., dat mitsdien ook dit *middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1628. — Arrest van 13 Febr. 1879.

(A. 1902, 1961 B.-W.; a. 176, 177 B.-R.)

Kan, wanneer een gedaagde, zonder het bestaan der schuld te betwisten, zich op het te niet gaan dier schuld door betaling beroept, van bekentenis, splitsing van bekentenis, of van schending der wetsbepalingen betrekkelijk dat leerstuk sprake zijn? — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het eenig *cassatie-middel* heet: schending en verkeerde toepassing der a. 1902, 1961, 1421, 1423, 1829, 1835,

1484 B.-W. en 176 en 177 B.-R., omdat de bekentenis der oorspronkelijke gedaagde ten haren nadeele is gesplitst buiten het geval, waarin de wet dit toelaat.

„Zooals men ziet betreft de grief alleen eene beweerde splitsing van bekentenis, zoodat van de aangehaalde a. hier m. i. alleen 1902 en 1961 B.-W. kunnen in aanmerking komen. Nu ben ik het volkomen eens met den geachten spreker voor de eischende firma, dat onjuist is het beweren, dat men onder *bekentenis* niet meer zou mogen brengen dan hetgeen terzelfder tijd *uno contextu* is verklaard, dat onder de bekentenis behooren alle uitlatingen van partij omtrent de daad of de zaak, waarop de wederpartij eene aanspraak of bewering grondt, of, zooals de H.-R. het meer dan eens uitdrukte, dat onder bekentenis moeten zijn begrepen al de verklaringen der partij omtrent datgene waarop de wederpartij aanspraak maakt (arr[n] van 22 Mei 1874, v. d. Hon., *B.-R.* XXXIX, 354; en van 15 Nov. 1877, v. d. Hon., *B.-R.* XLII, 408; *N. Rspr.* CXVII, 155.)

„Als hier dus van bekentenis sprake is dan behooren daarbij de verklaringen, allen in het bekl. vonnis vermeld, niet alleen dat de oorspronkelijke gedaagde heeft betaald aan den zoon op de overgelegde quitantie, maar ook dat die gequiteerde nota door den eischer voor voldaan is geteekend, welk beweren ook van de gedaagde wordt geconstateerd in de 4e al. van de overweging in regten van het vonnis, en dan verzette a. 1961 er zich tegen, dat men een gedeelte van de verklaringen van de gedaagde als bewijsmiddel voor den oorspronkelijken eischer gebruikte en omtrent dit laatste gedeelte besliste, zooals bij het zesde lid van gezegde overw. geschiedt: „dat de gedaagde na de ontkentenis des eischers dat de nota van 28 Oct. 1877 door dezen geteekend was, had behooren op te volgen de wettelijke bepalingen, voorgeschreven in a. 176, 1° en volgg B.-R." Dit zoude zijn

interversie van bewijslast, daar de eischer de onwaarheid van het beweren zou moeten bewijzen.

„Maar bestaat hier eene bekentenis, die gesplitst is, dat is, waarvan een gedeelte is afgescheiden, en als bewijs voor den eischer aangenomen, terwijl een ander gedeelte, dat ter verdediging van den gedaagde diende, zonder bewijs van de valschheid daarvan, verworpen is? Ik twijfel er aan. Wel ligt in de bewering: „ik heb de schuld, waarover gij mij aanspreekt, betaald", stilzwijgend opgesloten de toestemming dat die schuld heeft bestaan, maar uitdrukkelijk is die toestemming volgens het vonnis bij geen der dingtalen gegeven, en wat veel meer zegt, het blijkt volstrekt niet, dat zoodanige toestemming tot bewijs van de schuldpligtigheid heeft gestrekt.

De gedaagde firma had bevrijding door betaling beweerd niet alleen, maar getracht die door productie van acten en aangeboden getuigenverhoor te bewijzen, en daardoor zelve aanleiding gegeven dat het geschil werd beperkt tot dat ééne punt. Merkwaardig genoeg vindt men dan ook in het *geheele* vonnis geen enkelen grond voor het bewezen zijn der vordering opgegeven, wel de gronden, waarop de defensie wordt verworpen. Dit moge tot regtmatige grieven tegen het vonnis kunnen aanleiding geven, deze zijn echter bij het *middel* niet voorgesteld, en men kan, om dit gebrek in het vonnis, toch niet als vaststaande aannemen, dat een gedeelte der verklaringen van de gedaagde firma heeft gestrekt om de vordering te bewijzen, daar ook andere bewijsmiddelen, al zijn die in het vonnis niet genoemd, daartoe kunnen hebben gediend. En wanneer dit laatste het geval is, is voorzeker teregt van de gedaagden het bewijs hunner bevrijding gevorderd.

„Deze beschouwing zou aan minder bezwaar onderhevig zijn, als het beklaagde vonnis eindigde na de beslissing in de 7e al. van de overweging *in jure*, dat de gemelde nota niet

aangemerkt kon worden, als te zijn geteekend door den eischer.

„In het achtste lid vindt men echter vermeld, dat bij pleidooi is aangevoerd, dat der ged. onsplitsbare bekentenis „dat de ged. heeft laten werken en betaald heeft," de vordering zou te niet doen (*sic*), welk beweren na de regtskundige appreciatie van het toegevoegde aan de toestemming van schuld, wordt ongegrond verklaard. Begrijp ik het vonnis goed, dan hebben wij hier slechts te doen met de behandeling van eenen geheel subsidiairen grond van de defensie, naar aanleiding van het eerst bij pleidooi beweerde, dat hier een *aveu* bestond, omdat anders de onmiddellijk voorafgaande beslissing omtrent het niet bewezene der feiten, waaruit de bevrijding zou blijken, niet te pas kwam, maar dit kan toch m. i. niet te weeg brengen, dat men moet aannemen het bepaald bij het vonnis niet geconstateerde, dat het bewijs van de vordering op bekentenis berust.

„Wat overigens de beslissing in het 8e en 9e lid der overweging betreft, zoo geloof ik met de arrn van den H.-R. van 24 Mrt. 1865 (v. D. HON., *B.-R.* XXIX, 326), en van 12 Oct. 1871 (v. D. HON., *B.-R.* XXXVI, 177), (beiden niet in de *Regtspraak*), dat het verwerpen van het tot bevrijding aan eene bekentenis toegevoegde, op grond, dat de aangevoerde feiten in regtskundigen zin geene bevrijding daarstellen, niet als eene ongeoorloofde splitsing van bekentenis kan beschouwd worden.

„De regtb. oordeelde, en dit m. i. zeer juist, dat de eischer het regt heeft de geheele bekentenis over te nemen, zooals die gedaan is; dat deze mede bevatte de volgende omstandigheden: dat de uitbetaling is geschied aan den zoon op de overgelegde quitantie; dat dergelijke betaling eerst dan zou bevrijden, indien de minderjarige aan wien betaald werd, was de lasthebber van zijn vader, of deze daardoor werkelijk was gebaat geworden, dat van een en ander niet

bleek en dat dus de beweerde betaling was ongeldig.

„De regtskundige gronden, waarop deze beschouwing berust kunnen onjuist zijn, en daarop schijnen wel eenige der bij het *middel* genoemde a. te doelen; zij komen mij zelfs bedenkelijk voor, daar, zooals ik opmerkte, tot de beweringen van de gedaagde firma behoorde, dat de quitantie door *den eischer* voor voldaan was geteekend; maar hiertegen is het *middel* van cassatie niet gerigt, dat niet het ontzeggen van het karakter van lastgeving aan eene handeling, die dit daarstelde, als grief aanvoert, maar alleen ongeoorloofde splitsing van bekentenis.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischende firma in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1961, 1421, 1423, 1829, 1835 en 1484 B.-W. en van de a. 176 en 177 Sg, omdat de bekentenis der oorspronkelijke gedaagde ten haren nadeele is gesplitst buiten het geval, waarin de wet dit toelaat;

„O. daaromtrent, dat de toewijzing van de door den verw. in cassatie, als vader en bewindvoerder over de goederen van zijn minderjarigen zoon, ingestelde vordering, blijkbaar hierop berust, dat de oorspronkelijk gedaagde het ten haren behoeve en tegen door haar te betalen loon verrigten van de in de dagvaarding vermelde diamantkloverswerkzaamheden niet heeft wedersproken en zoodoende het geschil opzettelijk heeft beperkt tot de vraag, of zij zich van hare schuld uit voorschreven hoofde op regtsgeldige wijze had gekweten, welke vraag zij, zonder zich aanvankelijk op a. 1961 te beroepen, door het overleggen van de gekwiteerde nota van 28 Oct. 1877 zelfstandig heeft getracht

in haar voordeel te doen beslissen, doch waaromtrent zij in het door haar gevoerde bewijs is te kort geschoten;

„O., dat de stelling van eisch^sse^ van cassatie, dat elk gedaagde, welke, zonder het bestaan hebben der schuld te betwisten, zich op betaling beroept, daardoor noodwendig een geclausuleerd *aveu* aflegt, waardoor de eischer in de noodzakelijkheid komt de schuldpligtigheid van elders te bewijzen, te ver gaat, omdat het van den wil van de gedingvoerende partijen afhangt, of zij een of meer positieven der tegenpartij al of niet willen tegenspreken, en dus ook van den wil van een gedaagde, als de thans eisch^sse^, of zij het bestaan der schuld wil betwisten, dan wel, zooals *in casu* is geoordeeld te zijn geschied, enkel te laten gelden het te niet gaan daarvan door betaling, in welk laatste geval van bekentenis en splitsing van bekentenis geene sprake kan zijn;

„O., dat de eisch^sse^ van cassatie verder beweert, dat de regtb., waar zij overwoog, dat de bekentenis van de gedaagde mede bevatte, dat de uitbetaling is geschied „aan den zoon op de overgelegde kwitantie," heeft uit het oog verloren, dat, volgens hare voorafgaande overwegingen, die bekentenis niet minder mede bevatte, dat de bedoelde kwitantie door den vader voor voldaan was geteekend, en dat, had zij zulks in het oog gehouden en in dit opzigt de bekentenis der gedaagde firma niet gesplitst, zij den eisch niet zoude hebben kunnen toewijzen, omdat, waar aan een minderjarige het loon van zijn arbeid ter hand wordt gesteld op kwitantie, door zijnen vader geteekend, daarop geene nieuwe actie des vaders kan volgen;

„O., dat dit beweren betrekking heeft op het laatste gedeelte van het beklaagde vonnis, waarbij de regter, na het door de gedaagde firma bij pleidooi gedaan beroep op het onsplitsbare harer bekentenis, zich stellende op het *toen* door die gedaagde ingenomen standpunt, overweegt,

dat ook bij het vaststaan der betaling aan den minderjarige, op de gedaagde het bewijs blijft rusten, dat die minderjarige was de lasthebber van zijn vader of dat deze daardoor werkelijk is gebaat geworden, welk bewijs de regtb. ten slotte oordeelt niet te zijn geleverd en door het aanbod van de gedaagde niet te kunnen geleverd worden;

„O., dat op dezen laatsten grond berust de verwerping van de verwering der toen gedaagde firma; dat mitsdien, ook wat deze verwerping betreft, de beklaagde uitspraak niet steunt op de splitsing van bekentenis, waarover bij het *middel* van cassatie uitsluitend wordt geklaagd, en die splitsing, al ware zij gebleken, niet voldoende zoude zijn om het vonnis te casseren;

„O. dat, behalve a. 1961 B.-W., de bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen geene betrekking hebben op de daarbij voorgestelde grief;

„O., dat uit dit alles volgt, dat het *middel* van cassatie s onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eisch^{sse} van cassatie in de kosten."

N° 1629. — Arrest van 21 Febr. 1879.

(A. 324 B.-R.)

Is, waar een der gedingvoerende partijen was een collegie van kerkvoogden, door het niet hooren van het O.-M. a. 324, *n°* 1, *B.-R. geschonden?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 324 B.-R., omdat het O.-M. bij de regtb., hetwelk in

dit geding gehoord had moeten worden, niet is gehoord.

„Uit het beklaagde vonnis blijkt niet, dat de O. v. J. conclusie heeft genomen, en het moet er dus voor worden gehouden, dat dit niet heeft plaats gehad (DALLOZ, in voce *Ministère Public*, n° 121); partijen zijn het daarover eens; evenzeer zijn ze eenparig van meening, dat het O.-M. gehoord had moeten zijn; dat door dit verzuim de wet is geschonden; en dat alzoo het vonnis moet worden vernietigd.

„Tusschen den H.-R. en mijn ambtsvoorganger Mr. GREGORY bestond er verschil van gevoelen op dit punt, want laatstgenoemde was van oordeel, dat het niet hooren van het O.-M. was een verzuim van een *vorm* van regtspleging, waarop de straf van nietigheid niet is gesteld. Die ambtenaar heeft zich echter naar de jurisprudentie van den H.-R. gevoegd, als geldende het hier een verschil van meening omtrent een regtspunt van minder gewigt, want van dwaling overtuigd was Mr. GREGORY niet, zooals voortvloeit uit zijne conclusie, voorafgaande aan uw arr. van 17 Mei 1861, (*Rspr.* LXVIII, 56; v. D. HON., *B.-R.* XXV, 253).

„Voor mij is gemakkelijk de meening van den Raad te volgen, omdat ik ze reeds vroeger deelde. De wet bepaalt niet met zooveel woorden, dat het O.-M. op straffe van nietigheid moet worden gehoord, maar dat voorschrift der wet is van publieke orde, en daarvan mag niet straffeloos worden afgeweken. A. 90 B.-R., is daarop niet van toepassing; dat a. spreekt van de nietig-verklaring van een exploit of acte van regtspleging, doch hier is geene sprake van eene acte van procedure, wier nietig-verklaring mogelijk is, maar van eene algeheele nalating eener acte van regtspleging zelve; dit belangrijk punt der proces-orde moet worden nageleefd, als uitmakende een bestanddeel van het regtsgeding, en waar dat ontbreekt is de wet geschonden, hetgeen de nietigheid van het vonnis ten gevolge heeft.

„Vermits ten deze de nietigheid door den eischer is ingeroepen, en de zaak niet voor appel vatbaar was, kan ik achterwege laten de bespreking der vraag, of de nietigverklaring op dien grond moet worden *gevorderd* en of zij gedekt kan worden door de in hooger beroep genomen conclusien van het O.-M. Behalve de arr. in bovengemelde conclusie en ook bij pleidooi aangehaald, zie men OUDEMAN' *Regtsvordering*, laatste ed., D. I, § 166, bl. 345, de conclusie van den Proc.-G. RÖMER, voorafgaande uw arr^n van 20 Dec. 1872 (*Rspr.* CII, bl. 318; V. D. HON., *B.-R.* XXXVII, 554), en eindelijk uw arr. in Raadkamer van 9 Maart 1877 (*Rspr.* CXV, 274; V. D. HON., *Zeg. en Reg.* VI, 168).

„Partijen zijn verdeeld over de vraag, of de zaak zal behooren te worden teruggewezen naar denzelfden regter dan wel naar het Geregtshof van het ressort; met andere woorden of a. 105 dan wel a. 106 R.-O. van toepassing is. De H.-R. heeft bij de reeds genoemde uitspraken in eerstgenoemden zin beslist, en zijn laatste arr. is gewezen na de invoering der wet van 26 Junij 1876, *St.* n° 124, welke, zooals beweerd is, dit geval niet zou hebben voorzien. Die wet heeft echter in het geheel geene wijziging gebragt in de regelen, vastgesteld bij a. 419 en volgg. B.-R.

„Indien juist ware het beweren des eischers, dat hier geschonden was een *vorm*, zij het van publieke orde, dan zou de eisch in cass. niet voor toewijzing vatbaar zijn, want *dan* ware a. 90 B.-R. van toepassing.

„De woorden van a. 106 R.-O. maken het ook duidelijk, dat hier geen vorm is geschonden, want het bepaalt, dat alsdan eene nieuwe instructie wordt bevolen, te beginnen van de oudste acte, in welke de nietigheid is begaan; hier is een geheele acte van het proces achterwege gebleven. Niet a. 106, maar a. 105 R.-O. is van toepassing, wijl het

vonnis moet worden vernietigd wegens schending der wet. In deze zijn te volgen de regelen, vastgesteld bij a. 424 j° 423 B.-R. De H.-R. kan niet ten principale conform a. 423 beslissen, omdat de daadzaken in het vonnis vermeld, voor uw collegie *in casu* niet *regtens* vaststaan; over die daadzaken moet de regter nogmaals beslissen, na verhoor van het O.-M. We verkeeren dus in het geval van a. 424 voornoemd, hetwelk de terugwijzing van het geding naar denzelfden regter beveelt.

„Ik heb alzoo de eer te concluderen, dat de H.-R. het vonnis door de arr.-regtb. te Zutphen op 7 Febr. 1878 tusschen partijen gewezen zal vernietigen, en de zaak zal terugwijzen naar gezegde regtb. ten einde met inachtneming van de uitspraak van den H.-R. verder te worden behandeld en beslist, met reserve der kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 324 B.-R., omdat het O. M., dat in dit geding had moeten gehoord worden, niet is gehoord;

„O., dat blijkens het bestreden vonnis eene der gedingvoerende partijen is geweest het collegie van kerkvoogden der Herv.-Gemeente te Terborgh, zoodat, ingevolge a. 324, n° 1, B. R., het O.-M. had moeten worden gehoord en voorts, dat, vermits in het vonnis niet wordt vermeld dat de Officier van justitie conclusiën heeft genomen, het daarvoor te houden is, dat dit het geval niet is geweest;

„O., dat de eischer op dien grond bij dagvaarding heeft geconcludeerd tot vernietiging van voormeld vonnis, met verwijzing der zaak naar het Hof te Arnhem of naar eene andere arr.-regtb. en tot veroordeeling van de verweerders, in geval van tegenspraak, in de kosten in cassatie gevallen, terwijl de verweerders, na ten aanzien van de accessoire vordering des eischers te hebben opgemerkt, dat alleen

terugwijzing naar denzelfden regter te pas kwam, hebben geconcludeerd, dat hun zoude worden verleend acte, dat zij zich refereerden aan 's H.-R. prudentie, terwijl zij verzochten, dat, in geval van cassatie, de kosten zouden blijven gereserveerd;

„O., dat a. 324 B.-R. gebiedend voorschrijft, dat het O.-M. zal moeten gehoord worden in de daar gemelde gevallen, en dat het hier bestaand geval is te rangschikken onder n° 1 van dat wetsa.;

„O., dat alzoo, waar in een geval als hier een vonnis of arr. wordt gewezen zonder dat het O.-M. is gehoord, gemeld wetsa. niet wordt opgevolgd, waar het had behooren te zijn opgevolgd, en mitsdien geschonden, zoodat daarop, ingevolge a. 99, n° 2, R.-O., door den H.-R. moet worden regt gedaan, met inachtneming van de a. 420 en volgende B.-R., zooals die hier, met het oog op den bijzonderen aard der zaak moeten worden geacht te moeten ten regel strekken;

„O., dat wel wordt beweerd, dat het verzuim zou zijn een verzuim in de vormen, doch dat, de straf van nietigheid niet op het niet-opvolgen van het voorschrift van a. 324 zijnde bedreigd, uithoofde van het gepleegd verzuim geene vernietiging van het gewezen vonnis of arr. zou kunnen volgen; dat echter dit beweren niet kan opgaan, omdat het wijzen van een vonnis of arr., zonder dat het O.-M. zij gehoord in de gevallen waar dit gebiedend is voorgeschreven, meer is dan een verzuim in de vormen, en wel het wijzen van een vonnis of arr. waaraan een essentiëel vereischte ontbreekt;

„O., dat dit alles te meer klemt omdat de wetgever voor gemeld verzuim niet, naar het voorbeeld van a. 480, n° 8, *C.-Pr.-C.*, het middel van request civiel toekennende en ook niet daarop de straf van nietigheid bedreigende, zoodat het

als verzuim van vormen in geen geval grond tot vernietiging der uitspraak zou kunnen geven, onmogelijk kan geacht worden het verzuim van het opvolgen van het gebiedend voorschrift zonder gevolg te hebben willen laten en daardoor toelaten de handhaving van eene uitspraak, waartoe niet zij hebben medegewerkt, wier medewerking naar de wet bepaaldelijk werd gevorderd, onverschillig of het een lid van het collegie zou zijn, wiens medewerking zou ontbreken, of het bevoegde lid van het O.-M.;

„O., dat alzoo het voorgestelde *middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het aangevallen vonnis, op 7 Febr. 1878 door de arr.-regtb. te Zutphen tusschen partijen gewezen;

„Wijst de zaak terug naar de gemelde regtb., ten einde aldaar, met inachtneming van het tegenwoordige arr. verder te worden behandeld en beslist;

„Voegt de kosten van het geding in cassatie bij die der einduitspraak."

No 1630. — Arrest van 28 Febr. 1879.

(A. 1307 B.-W.; a. 778 K.)

Betreffen deze wetsa. alleen schulden, die bestaan op het oogenblik van het faillissement, doch die op dat oogenblik nog niet kunnen worden ingevorderd? — JA.

Is a. 778, *al.* 2, *K. voor bilaterale contracten geschreven?* — *Implicite* NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij het *cassatie-middel* wordt beweerd: schending of verkeerde toepassing der a. 1189, 1307, 1596, n° 2, 1303 B.-W. en 778 en 848 K., omdat de onderhavige vordering,

tot betaling waarvan de eischer was gedagvaard, niet was eene praeferente vordering naar luid van a. 1189 B.-W., omdat die vordering, waarvoor de verw. als schuldeischer in het faillissement van den eischer was geadmitteerd, onder de werking viel van het gehomologeerd accoord, en volgens hetgeen daarbij was gestipuleerd moest worden gekweten, en omdat a. 848 K. elk begrip van praestatie ten deze moest uitsluiten en mitsdien voor de toepassing van a. 1303 B.-W. geen grond hoegenaamd bestond.

„Om na te gaan wat ten deze in cassatie als vaststaande is te beschouwen, zullen wij het beklaagde arr. hebben te raadplegen, waardoor alléén, volgens a. 409 B.-R., zooals dat is gewijzigd bij a. 1 der wet van 26 Junij 1876, *St.* n° 124, de feitelijke grondslag der *middelen* van cassatie kan worden bewezen.

„Volgens de 1e overw. ten aanzien der daadzaken staat vast, dat de eischer van den verw. heeft gehuurd eene woning, voor den tijd van vier jaren, ingegaan 1 Mei 1874 en alzoo eindigende 30 Apr. 1878, voor de som van *f* 700 in het jaar, betaalbaar met *f* 175 ieder trimester; dat eischer op 7 Sept. 1875 is failliet verklaard en zijn faillissement is geeindigd met een behoorlijk gehomologeerd accoord van 5 pCt.; — dat de verw. bij de verificatie als bevoorregt schuldeischer is toegelaten voor het destijds loopende huurjaar, eindigende op 30 Apr. 1876; dat de huur ook nà het faillissement is blijven doorloopen en de verw. heeft vermeend voor den driemaandelijkschen termijn, aangevangen op 1 Mei 1876, het bij de huurovereenkomst bepaald bedrag van *f* 175 te kunnen vorderen, terwijl de eischer beweerde, dat hij krachtens het bovengenoemd accoord met de betaling van 5 pCt. der nà 30 Apr. 1876 verschuldigde huurpenningen kon volstaan.

„Noch in dit, noch in eenig ander gedeelte van het arr.,

kan ik uitgemaakt vinden dat, zooals bij het *middel* wordt gesteld, de verw. voor de twee jaren huur, die nà het bij het faillissement loopende huurjaar zouden schuldig worden, als schuldeischer in het faillissement is geadmitteerd, — veel minder zooals het in den aanvang van de dagvaarding in cassatie wordt voorgesteld, dat de verw. zich voor die toekomstige huurjaren als concurrent schuldeischer heeft doen verifieren.

„Niet alleen, dat het Hof, volgens de laatste overw. *in jure*, het onnoodig acht dit te onderzoeken, maar het voegt er bij dat niettemin het Hof zich geheel vereenigt met het oordeel van den regter *a quo*, dat daarvan door de productie niet is gebleken. In zooverre dit als de feitelijke grondslag van het *middel* mag beschouwd worden, is die dus onbewezen. Trouwens het feit zou m. i. eerst dan van invloed kunnen zijn, indien men, steunende op de goedkeuring van den verw. om als concurrent schuldeischer in den boedel beschouwd te worden voor de huurtermijnen, welke zouden vervallen nà het tijdens het faillissement loopende jaar, onder verpligting van desniettemin al de bij de huurovereenkomst ten aanzien van den verhuurder gestipuleerde prestatien te vervullen, zich soms op novatie beriep, hetgeen blijkens het *middel*, het geval niet is.

„Men zet bij de bestrijding van 's Hofs beslissing voorop dat de onderwerpelijke vordering niet zou zijn eene praeferente vordering naar luid van a. 1189 B.-W. Ik antwoord: tijdens de faillietverklaring en de verificatie voorzeker niet. De praeferentie ging niet verder dan het destijds loopende jaar.

„Toen de tegenwoordige eisch gedaan werd, behoorden de gevorderde huurpenningen even stellig tot die schulden welke volgens a. 1189 zijn bevoorregt. Maar de praeferentie doet hier eigenlijk minder ter zake. Die komt te pas wan-

neer verschillende schulden in betrekking tot elkander worden beschouwd bij een *concursus creditorum*. De enkele vraag, die hier te beantwoorden is, is deze: behoorde de schuld, die nu wordt gevorderd, tot de schulden van den faillieten boedel, of valt die buiten het faillissement, zoodat het accoord daarop van geenerlei invloed is. Van de beantwoording van die vraag hangt de al of niet toepasselijkheid van a. 848 K. af.

„Nu beroept men zich op a. 1307 B.-W. en 778 K., dat van het eerste a. een uitvloeisel is, om aan te toonen dat de schuld bestond tijdens het faillissement. Zeer ten onregte, want het springt dadelijk in het oog, dat deze a. alleen zien op verbindtenissen met tijdsbepaling, schulden die bestaan, maar nog niet opeischbaar zijn: maar niet op schulden als de onderwerpelijke; want een toekomstige huurtermijn is nog niet verschuldigd, wordt m. i. nooit verschuldigd, wanneer b. v. het verhuurde voorwerp vergaat of de huur wordt ontbonden, wordt eerst loopende als het genot van den nieuwen termijn is begonnen, en dus de praestatie aan zijde van den verhuurder plaats heeft. Zeer juist is dus ook m. i. de beslissing van het Hof, dat die a. niet beoogen hetgeen eerst later verschuldigd kan worden voor nog niet verschenen huurtermijnen, vallende buiten den grens van a. 1189 B.-W. en het *middel*, dat geheel staat of valt met de opvatting der a. 1307 B.-W. en 778 K., komt mij dan ook ongegrond voor, weshalve ik de eer heb te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing der a. 1189, 1307, 1596, al. 2, 1303 B.-W. en der a. 778 en 848 K., en zulks op grond, dat de onderhavige vordering niet was eene preferente

naar luid van a. 1189 B.-W.; dat die vordering viel onder de werking van het gehomologeerd accoord, en a. 848 K. elk begrip van wanpraestatie in deze moest uitsluiten, zoodat er voor toepassing van a. 1303 B.-W. geen grond bestaat;

„O., dat dit *middel* uitgaat van de stelling, dat het ten processe feitelijk zoude vaststaan, dat de verw. voor *f* 1400 wegens huur, te verschijnen na het loopende jaar, als concurrent schuldeischer op de lijst van erkende schuldeischers is gebragt, en dat hij zich voor die som als concurrent schuldeischer heeft doen verifieren;

„O., dat echter in het bestreden arr. nergens iets dergelijks is beslist, zoodat het op die beweerde feiten steunende *middel* reeds daarom is onaannemelijk;

„O. daarenboven, dat, al stond feitelijk vast, dat de verw. zich voor de onderhavige vordering had doen verifieren, dan nog geen der aangehaalde a., door de beslissing van het bestreden arr., zoude zijn geschonden, vermits a. 1307 B.-W. en a. 778 K. alleen betreffen schulden met tijdsbepaling, dat wil zeggen schulden die bestaan op het oogenblik van het faillissement, doch op dat oogenblik nog niet kunnen worden ingevorderd, en derhalve niet schulden die op dat oogenblik nog niet bestaan, zooals die van den huurder aan den verhuurder voor een nog toekomstigen huurtermijn, vermits zoodanige schuld eerst begint wanneer het tegen de verpligting tot betaling der huur overstaand genot van het gehuurde een aanvang neemt, en in het geheel niet ontstaat indien het gehuurde vóór dien tijd mogt vergaan, of de huur mogt worden ontbonden;

„O., dat de vordering des verw[s], hoezeer die, als op het oogenblik van het faillissement nog niet bestaande, niet behoorde tot de vorderingen die volgens a. 1189 in het faillissement waren bevoorregt, echter om dezelfde reden (als niet bestaande, namelijk op het oogenblik van het fail-

lissement) niet valt onder de bepaling van a. 848 K., zoodat de verw., toen die later geboren vordering niet ten volle werd voldaan, wel degelijk bevoegd was de nakoming der verbindtenis te vorderen;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1631. — Arr. v. 7 Mrt. 1879.

(A. 561 en 562 K.)

Is berg- of hulpbetoon verschuldigd alléén, wanneer de schepen of goederen gered zijn uit nood, *dat is uit de gevaren der zee, en dus* niet, *waar, gelijk hier, de goederen reeds in veiligheid aan land waren gebragt vóór de hulp werd verleend?* — Ja.

Heeft de vervoerder regt op buitengewone vrachtbetaling, waar het gold een buitengewoon vervoer van goederen door een de vrachtvaart uitoefenend stoomschip na eene inlading daarvan op eene buitengewone plaats, welke inlading buitengewone en gevaarlijke werkzaamheden van het scheepsvolk heeft veroorzaakt? — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Door de gehouden enquête en de door den gedaagde overgelegde bescheiden, waaronder vooral opmerking verdienen de rapporten van de detachementskommandanten Demmeni en Gerlach, n° 15 en 29 van den inventaris, kunnen m. i., de navolgende feiten als vaststaande beschouwd worden, die, geloof ik tevens, thans kunnen geacht worden *in confesso* te zijn: dat op het einde der maand Junij 1873 het stoomschip *Tromp*, kapitein Leve, op de Egyptische kust van de Roode Zee, niet ver van Ras Stuchair, is gestrand; dat na gehouden scheepsraad, en nadat daarin beslist was, dat het schip in groot gevaar verkeerde, het

grootste gedeelte van de equipage, waaronder de gezagvoerder, en de militaire troepen (ruim 300 man) die met dit schip werden vervoerd naar Batavia, dit hebben verlaten en het strand hebben bereikt, met zich nemende vijftig vaatjes specie, ter gezamenlijke waarde van *f* 500,000, toebehoorende aan den ged., terwijl een klein gedeelte van de equipage aan boord is gebleven en aan het muiten is geslagen; dat de kust noch voedsel, noch drinkwater aan de opvarenden kon verschaffen, terwijl deze daarvan voor hoogstens drie dagen waren voorzien; dat het stoomschip *Prins Hendrik*, kapitein OORT, toebehoorende aan de eischende maatschappij, eveneens op reis naar Batavia, op het vernemen dat het stoomschip *Tromp* in nood verkeerde, en na daartoe uitgenoodigd te zijn door den agent van dit stoomschip te Suez, eenigzins van zijn koers is afgeweken, en bij vrij onstuimig weder de Egyptische kust is genaderd en daar de *Tromp* heeft gevonden, en dat op het sein van den gezagvoerder van de *Prins Hendrik*: „Hebt „gij mij noodig, anders vertrek ik", door den gezagvoerder van de *Tromp* van het strand is geantwoord: „Wij zijn in „nood, verlaat ons niet"; dat, nadat niet zonder moeite van wege de branding, de gemeenschap tusschen het strand en de *Prins Hendrik* was daargesteld, de gezagvoerders der beide schepen zijn overeengekomen, dat op de *Prins Hendrik* zoude overgaan het militaire detachement, dat met de *Tromp* vervoerd werd en de vaatjes met specie; dat die vaatjes niet zonder groote inspanning en zelfs met levensgevaar van het strand aan boord van de *Prins Hendrik* zijn gebragt; dat daartoe hebben medegewerkt 50 manschappen van het militaire detachement, dat zich reeds op de *Prins Hendrik* bevond, die ter hulp waren geroepen omdat de equipage en de soldaten van het militaire detachement van de *Tromp* te afgemat waren om te helpen, en

die de vaatjes naar het strand hebben gerold tot de plaats van inscheping, waar zij overgenomen werden door een gedeelte van de equipage van de *Prins Hendrik*, die de vaatjes op den rug door de branding moesten vervoeren naar de booten van dat schip, en daarbij tot de borst door het water moesten waden; dat de vaatjes met die booten gebragt zijn in Turksche praauwen, die het strand niet digt konden naderen, en door deze aan boord van de *Prins Hendrik;* dat dit schip anderhalven dag in de nabijheid van het strand is gebleven, steeds stoom ophebbende, en voor- en achteruitstoomende, en toen met de manschappen en specie is vertrokken; dat in de straat van Bab-el-Mandel, een half etmaal van Aden, de cylinder van de stoommachine is gesprongen, welk voorval wel is bevorderd door het voor- en achteruitstoomen, maar als grondoorzaak had een defect aan de machine; dat men dientengevolge zich naar Aden heeft moeten doen slepen, waar de reparatie heeft plaats gehad, en dat de specie ter plaatse van bestemming (Batavia) behoorlijk is afgeleverd.

„Wegens de handelingen met de vaten specie vordert de Maatschappij thans betaling, en teregt. De vraag is echter onder welken naam en tot welk bedrag haar die toekomt.

„Volgens de dagvaarding beweert de eischer in de eerste plaats, dat haar van den gedaagde competeert *bergloon*, en begroot dit op *f* 160,000; in de tweede plaats (*subsidiair*) *hulploon*, door haar begroot op *f* 80,000; in de derde plaats (*subsidiair*) dat de gedaagde zal worden veroordeeld om haar, voor de diensten, hulp en assistentie wegens het voorgevallene met de specie te betalen eene gelijke som van *f* 80,000, wat al die sommen betreft, met de clausule: „of zooveel meer of minder als de H.-R. zal vermeenen te behooren."

„Namens den Staat wordt beweerd, dat de eischeresse op niets van dat alles regt heeft, tenzij met het laatste mogt worden bedoeld: *vrachtlòon*, hetwelk de gedaagde zich volkomen bereid verklaart om haar te betalen, en wel het volle vrachtloon, berekend alsof het geld hier te lande was in ontvang genomen.

„A. 560 K. schrijft voor, dat voor de hulp aan de uit den nood geredde schepen of goederen toegebragt, wordt betaald *hulploon* of *bergloon*. A. 561 geeft de gevallen op, waarin *hulploon* en a. 562 die waarin *bergloon* wordt toegestaan.

„Nu geeft men aan zijde van de eischende Maatschappij toe, dat de bijzondere gevallen van *hulploon* en *bergloon*, in de beide laatste artikelen vermeld, niet aanwezig zijn, als men hetgeen de *Prins Hendrik* deed *op zich zelf beschouwt*, maar men beweert:

„1° dat a. 560 K. hier is de *sedes materiae;* dat als het geval, daar omschreven, aanwezig is altijd hulp- of bergloon is verschuldigd; dat de volgende a. het beginsel van a. 560 niet beperken, en niet alle gevallen voorzien, en dat, waar het principe van a. 560 toepasselijk is, men de feiten aan de gevallen, bedoeld bij de volgende a. moet toetsen, en die a., ook al slaan zij niet geheel op het geval, analogice moet toepassen; — voorts

„2° dat hetgeen de *Prins Hendrik* deed niet afgescheiden mag beschouwd worden van hetgeen reeds verrigt was, en dat, indien men in verband beschouwt als ééne handeling hetgeen gedaan is door de equipage van de *Tromp* en die van de *Prins Hendrik*, die handelingen volkomen vallen onder a. 562, al. 2, K.

„Wat de eerste stelling betreft geloof ik, dat het niet noodig is te onderzoeken of de a. 561 en 562 K. zijn *enunciatief* of *limitatief*, of zij analogische toepassing dulden

of niet. Daarover kan verschil van gevoelen bestaan. Terwijl toch b. v. aan de eene zijde Mr. A. DE PINTO (*Koophandel* II, § 421, bl. 304) meent, dat de wet alle gevallen, waarin bergloon kan gevorderd worden, heeft bepaald, en bijgevolg alle andere gevallen uitsluit, is Mr. BRUGMANS in *Beginselen van het hulp- en bergloon*, bl. 108, van gevoelen, dat de aangegevene gevallen slechts als voorbeelden zijn te beschouwen, die den regter in zijne oordeelvellingen als rigtsnoer zullen moeten dienen.

„Maar zal hulp- of bergloon verschuldigd zijn, dan zal toch het geval moeten begrepen zijn onder de algemeene bepaling van a. 560 K. De goederen zullen uit *den nood* moeten gered zijn, dat is uit ZEENOOD. Daaromtrent bestaat geen verschil van gevoelen (zie Mr. KIST, *Handelsregt* V, 420). Nu mogen *in casu* de vaatjes specie in ernstigen zeenood hebben verkeerd, die toestand had opgehouden toen de *Prins Hendrik* begon diensten te bewijzen. Uit den nood waren die goederen gered door de equipage van de *Tromp* zelve, die de vaatjes aan strand hadden gebragt, waar zij onder beheer bleven van den gezagvoerder van dat schip en de fortuinen der zee hen niet meer in gevaar konden brengen. Wel kon een *andere* nood een ander gevaar voor de kostbare vaatjes bestaan, vooral wanneer de deze bewakende militairen de plaats verlieten, nl. gevaar voor diefstal, doch de beveiliging voor dien nood, is niet de hulp, waarvoor hulp- of bergloon wordt toegestaan. Waren de vaatjes regtstreeks overgenomen uit de *Tromp*, toen deze gestrand was, en niet meer tot veilige bergplaats konde dienen, dan zoude anders te oordeelen zijn.

„Het zijn m. i. twee geheel afgescheidene handelingen (en hiermede kom ik op de tweede stelling van de eischeresse): het brengen van het gevaarlijdende goed uit het gestrande schip op het strand, en het overbrengen van het goed van het strand

op een ander schip om het verder te vervoeren. De redding uit den zeenood was geëindigd, de berging was voldongen toen de vaatjes aan het strand waren, welke gevaren van andere soort daar ook nog dreigden. Zij die de goederen uit het schip, dat niet meer tot veilige bergplaats diende, daar hadden gebragt, zouden geregtigd zijn tot bergloon. Hier was het het scheepsvolk van het in nood verkeerende schip, dat tot redding, door de aangegane dienstovereenkomst was verpligt, en dus geen aanspraak op bergloon had, maar dat verandert niets aan de zaak. Wat verder heeft plaats gehad met het goed, dat reeds voor zeegevaar was beveiligd, ligt buiten de bepalingen omtrent hulp of redding volgens a. 560 K. En hierin ligt juist het verschil met het voorbeeld, vermeld in het aangehaalde werk van Mr. BRUGMANS, bl. 88 en 89, waarop namens de eischende maatschappij bij pleidooi een beroep werd gedaan. Daar toch is het schip eerst aan de gevaren van de zee onttrokken door de latere hulp toen de eerste te kort schoot, terwijl *in casu*, ten aanzien van de vaatjes, geen zeegevaar meer bestond toen de hulp van de *Prins Hendrik* zich opdeed. Daarom kan, geloof ik, ook het in de tweede plaats door de eischeresse beweerde niet opgaan, en ben ik van oordeel, dat aan de eischeresse noch bergloon, noch hulploon verschuldigd is.

„Maar desniettemin spreekt het van zelf, dat de diensten door de *Prins Hendrik* bewezen, niet om niet kunnen verlangd worden. De vraag is echter of die geremunereerd zullen zijn door, zooals de gedaagde aanbiedt, de betaling van het volle vrachtloon, berekend alsof het geld hier te lande ware in ontvangst genomen, zoodat de conclusie van den gedaagde, dat hij daarmede en met de werkelijke praestatie daarvan zal kunnen volstaan, zoude moeten toegewezen worden.

Door dat aanbod zelf, toont de Staat aan, te begrijpen dat hier niet te denken is aan betaling voor gewoon vrachtvervoer. Inderdaad is de inlading en het vervoer van de specie naar de plaats van bestemming geschied onder zeer buitengewone omstandigheden, en is daardoor aan den Staat niet alleen een groote dienst bewezen, en deze voor waarschijnlijk aanzienlijke schade bewaard, maar heeft ook vooral de inlading buitengewone inspanning aan de zijde van het scheepsvolk gekost. Al is toch bij die inlading geholpen door militairen en Turksche praauwen, het gevaarlijkste en moeijelijkste gedeelte van den arbeid is door de equipage van de *Prins Hendrik* geschied, die daarvoor naar aanleiding van a. 422 K. aanspraak zoude kunnen maken op eene buitengewone belooning. Ook het oponthoud onder omstandigheden niet, van gevaar voor het schip ontbloot, in de nabijheid van het rotsige strand moet hierbij m. i. in aanmerking worden genomen, daar dit, al is het ook noodzakelijk geweest voor het aan boord nemen van de troepen afkomstig van de *Tromp*, ook gedeeltelijk is veroorzaakt door de inlading van de specie. Daarentegen geloof ik, dat geene rekening mag gehouden worden met de onkosten en het oponthoud, veroorzaakt door het springen van den cylinder, daar de grondoorzaak van dit ongeval is geweest een defect aan de machine, geheel onafhankelijk van het in de Roode Zee gebeurde. Of de billijke vergoeding voor de bewezen diensten door het aanbod zal verkregen zijn, kan ik te minder thans reeds beoordeelen, omdat zelfs niet vaststaat welke som is aangeboden, want, terwijl de eischeresse opgeeft, dat de gewone vracht waarvan hier sprake is, bedraagt ¼ pCt. van de waarde, beweert de gedaagde, dat dit is ⅛ pCt. Ik geloof, dat deskundigen zullen moeten voorlichten omtrent de vraag, welke som in billijkheid voor de inlading en het vervoer van de specie onder

de gegeven omstandigheden aan de eischeresse is verschuldigd, en heb derhalve de eer te concluderen tot benoeming van zoodanige deskundigen en het belasten van deze met een onderzoek daarnaar en het uitbrengen van berigt daaromtrent, met reserve der kosten tot aan de einduitspraak."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., ten aanzien der daadzaken, dat de eischende vennootschap den Staat der Ned. bij exploit van 28 Apr. 1876 heeft gedagvaard voor dezen Raad, ten einde te hooren eisch doen en concluderende: dat op het einde der maand Junij 1873 het door kapitein F. Leve gevoerde stoomschip *Tromp*, toebehoorende aan de stoomvaartmaatschappij *Java*, op eene reis van het Nieuwe Diep naar Batavia, op de Egyptische kust van de Roode Zee, niet ver van Ras Stuchair, is gestrand en zich aldaar in den grootsten nood heeft bevonden; dat alle opvarenden de *Tromp* hadden verlaten en eene schuilplaats gezocht op de rotsen en de onherbergzame kust, waarheen zij uit het schip hadden vervoerd 50 vaatjes specie, ter gezamenlijke waarde van *f* 500,000, toebehoorende aan den ged.;

„dat het stoomschip *Prins Hendrik*, toenmaals gevoerd door kapitein E. Oort, toebehoorende aan de eisch^sse^, op het vernemen van het onheil zich zoo spoedig mogelijk naar de plaats daarvan heeft begeven en aldaar aangekomen, behalve andere diensten, de reeds genoemde specie heeft geborgen en vervolgens te Batavia aan den ged. heeft uitgekeerd;

„dat die redding en berging met het grootste gevaar is gepaard gegaan, daar niet alleen de bemanning van het stoomschip *Prins Hendrik* haar leven heeft in de waagschaal gesteld, maar het stoomschip zelf, door van zijne koers af te wijken en bij ruw weder, hevige branding en hooge zeeën de rotsachtige Egyptische kust te naderen,

aan buitengewone gevaren is blootgesteld geweest, zoodat die dienst geweest is van zeer buitengewonen aard;

„dat toch de specie ontwijfelbaar zou zijn verloren gegaan, zoowel wanneer de opvarenden van de *Tromp* op de rotsen waren gebleven, waar zij door gebrek aan proviand of drinkwater hadden moeten omkomen, als ook wanneer de opvarenden alleen waren gered en de specie aan den wal gelaten, terwijl slechts een stoomschip van die afmetingen en voorzien van hulpmiddelen als de *Prins Hendrik* de redding kon bewerkstelligen;

„dat niet alleen op verzoek van den agent van het stoomschip *Tromp* te Suez, de *Prins Hendrik* zich tot het verleenen van bijstand naar de *Tromp* heeft begeven, maar kapitein LEVE, de vertegenwoordiger van alle belanghebbenden bij schip en lading, de hem door kapitein E. OORT aangeboden hulp heeft aangenomen;

„dat door die hulp *f* 500,000 aan den ged. toebehoorende zijn gered;

„dat alzoo aan de eischende Maatschappij, wegens deze berging en redding, zoowel op zich zelve als in verband met de daarbij plaats gehad hebbende omstandigheden, naar regt en billijkheid toekomt een evenredig loon, waar de wet uitdrukkelijk bepaalt, dat voor hulp aan uit nood geredde schepen of goederen hulp- of bergloon moet worden betaald, en zoo onverhoopt mogt worden beslist, dat de eisch^sse^ noch berg- of hulploon kan vorderen, zij in elk geval regt heeft op loon voor de op verzoek van den agent en den kapitein van de *Tromp*, in deze handelende voor den ged., verleende hulp en assistentie en bewezen diensten; en dat dienvolgens bij arrest van dezen Raad, uitvoerbaar bij voorraad, zal worden verklaard, dat de eisch^sse^ ter zake voorschreven van den ged. competeert bergloon, en dat bergloon zal worden begroot op *f* 160,000, of zooveel meer

of minder als de H.-R. zal vermeenen te behooren, en dienvolgens de ged. zal worden veroordeeld om aan de eisch^{sse} het alzoo begrootte en vastgestelde bergloon tegen behoorlijke kwijting te betalen;

„En subsidiair, voor het geval dat de H. R. zich bezwaard mogt achten ten deze bergloon toe te kennen, in dat subordinate geval bij arr. van den H.-R. der Ned., uitvoerbaar bij voorraad, zal worden verklaard, dat aan de eisch^{sse} ter zake voorschreven van den ged. competeert hulploon begroot op ƒ 80,000, of zooveel meer of minder als de H.-R. zal vermeenen te behooren, en dienvolgens de ged. zal worden veroordeeld, om aan de eisch^{sse} het alzoo begroote en vastgestelde hulploon tegen behoorlijke kwijting te betalen;

„En eindelijk subsidiair, voor het geval dat de H.-R. mogt vermeenen, dat noch berg- noch hulploon verschuldigd is, in dit subordinate geval, bij arr. van den H.-R. der Ned., uitvoerbaar bij voorraad, de ged. zal worden veroordeeld om aan de eisch^{sse} voor de diensten, hulp en assistentie bij de redding en het vervoer van de aan den ged. toebehoorende specie, geladen geweest in het stoomschip *Tromp*, te betalen de som van ƒ 80,000, of zooveel meer of minder als de H. R. zal vermeenen te behooren, tegen behoorlijke kwijting; — in elk geval de ged. zal worden veroordeeld, om aan de eisch^{sse} te vergoeden de rente van het door den H.-R. begrootte loon, als volgens de wet, gerekend van den dag, waarop het in deze uit te spreken arr. zal zijn beteekend, tot de volle en geheele voldoening toe, en in de kosten van den processe;

„O., dat de ged. heeft geantwoord, dat in de maand Junij 1873 door het stoomschip *Prins Hendrik*, toebehoorende aan de eisch^{sse}, van het Egyptische strand naar Batavia voor den ged. zijn vervoerd 50 vaatjes met specie;

dat hij altijd bereid is geweest en nog bereid is daarvoor te voldoen het volle vrachtloon, berekend alsof het geld hier te lande ware in ontvang genomen; dat de eisch^sse echter thans vordert vrij aanzienlijke, ook wat het bedrag aangaat, geheel ongejustificeerde sommen wegens hulp- of bergloon, of althans van loon wegens verleende hulp en assistentie en bewezen diensten, doch op niets van dat alles regt heeft, tenzij met het laatste mogt worden bedoeld vrachtloon, in welk geval de eisch^sse zal gehouden zijn het bedrag daarvan goed te maken; en dienvolgens heeft verklaard, dat hij bereid is om aan de eisch^sse tegen behoorlijke kwijting te betalen het volle vrachtloon voor de hiervoren genoemde 50 vaatjes specie, berekend als of het geld hier te lande ware in ontvang genomen, en heeft geconcludeerd, dat hem van dit aanbod zal worden verleend acte, en voorts dat bij arr. van den H.-R. zal worden verklaard, dat hij daarmede en met de werkelijke praestatie daarvan zal kunnen volstaan, en dat de eisch^sse in hare ingestelde vordering zal worden verklaard niet-ontvankelijk, immers dat die haar zal worden ontzegd, met veroordeeling van de eisch^sse in de kosten;

„O., dat de eisch^sse daarop bij conclusie van repliek en nader bij conclusie van 14 Dec. 1876 daadzaken heeft gesteld, tot welker bewijs door getuigen zij, vermits die door den ged. niet gaaf werden erkend, bij latere conclusie heeft gevraagd te worden toegelaten;

„O., dat de ged., onder overlegging o. a. van een rapport van den detachements-commandant Demmeni aan den Min. van Koloniën van 8 en 9 Julij 1873, verklaard heeft te persisteren bij zijne genomene conclusiën, en dat de H.-R. bij interlocutoir arr. van 30 Nov. 1877 het bewijs door getuigen der gestelde feiten heeft bevolen;

„O., dat dit getuigenverhoor heeft plaats gehad op

19 Jan. 1878 en de eisch[sse] daarop, omdat de gestelde feiten door de verklaringen der getuigen zouden zijn bewezen, en deswege zonder twijfel betaling zoude verschuldigd zijn, omtrent het bedrag waarvan partijen niet zijn overeengekomen, heeft gepersisteerd bij hare vroegere genomene conclusien, en subsidiair heeft geconcludeerd dat het den H.-R. moge behagen, nadat zal zijn beslist krachtens welke der bovengenoemde schuldoorzaken de ged. betaling aan de eisch[sse] verschuldigd is, te benoemen deskundigen, en dezen op te dragen te onderzoeken welk bedrag de ged. daarvoor verschuldigd is, met veroordeeling van den ged., in geval van tegenspraak, in de kosten van het geding, en anders met reserve der kosten tot aan het eind-arr.;

„O., dat de ged. heeft geantwoord dat, al mogten de feiten zijn bewezen, des neen, dan nog niet bewezen is dat aan de eisch[sse] *f* 160,000 wegens berg-, of *f* 80,000 wegens hulploon of loon voor hulp zoude verschuldigd zijn, zijn bij conclusie van antwoord gedaan aanbod heeft herhaald en gepersisteerd heeft bij zijne vroegere genomene conclusien, met overlegging o. a. van een rapport van den detachements-commandant GERLACH aan den Min. van Koloniën dd. 6 — 9 Julij 1873;

„O., dat uit de beide door den ged. overgelegde rapporten der detachements-commandanten, waarvan de feitelijke inhoud buiten geschil is, en uit de verklaringen der gehoorde getuigen wettig en overtuigend is gebleken:

„dat op het einde der maand Junij 1873 het stoomschip *Tromp*, kapitein LEVE, op de Egyptische kust van de Roode Zee, niet ver van Ras Stuchair, is gestrand; dat na gehouden scheepsraad, waar beslist is dat het schip in groot gevaar verkeerde, het grootste gedeelte van de equipage, waaronder de gezagvoerder en de militairen (ruim 300 man), die met het stoomschip werden vervoerd

naar Batavia, dit hebben verlaten en het strand hebben bereikt, met zich nemende 50 vaatjes specie, ter gezamenlijke waarde van *f* 500,000, toebehoorende aan den ged., terwijl een klein gedeelte van de equipage aan boord achterbleef en aan het muiten is geslagen; dat de kust noch voedsel noch drinkwater opleverde, en de aan land gegane manschappen daarvan slechts voor drie dagen voorzien waren;

„dat het stoomschip *Prins Hendrik*, gevoerd door kapitein E. Oort, behoorende aan de eischende Maatschappij eveneens op reis naar Batavia, op het vernemen van het berigt dat het stoomschip *Tromp* in nood verkeerde, en op uitnoodiging van den agent van dat stoomschip te Suez, eenigzins van zijn koers is afgeweken, en bij vrij onstuimig weder de Egyptische kust is genaderd en daar de *Tromp* heeft gevonden;

„dat op het sein van den gezagvoerder van de *Prins Hendrik*: „Hebt gij hulp noodig?" van het strand door den gezagvoerder van de *Tromp* is geantwoord: „wij zijn in nood, verlaat ons niet"; dat toen niet zonder moeite, wegens de branding, het strand met eene boot van de *Prins Hendrik* was bereikt, tusschen de gezagvoerders der beide schepen is overeengekomen, dat het militaire detachement en de vaatjes met specie van de *Tromp* op de *Prins Hendrik* zouden overgaan; dat die vaatjes niet zonder inspanning en zelfs met levensgevaar van het strand aan boord van de *Prins Hendrik* zijn gebragt door 50 manschappen van het militaire detachement aan boord van de *Prins Hendrik*, die te hulp waren geroepen, omdat de equipage en de militairen aan boord van de *Tromp* te afgemat waren om te helpen, en de vaatjes over het strand hebben gerold tot aan de plaats der inscheping, waar zij overgenomen zijn door manschappen van de

equipage van de *Prins Hendrik*, die de vaatjes op den rug door de branding moesten dragen naar de booten van dat stoomschip en daarbij tot aan de borst door het water moesten waden, en dat de vaatjes vervolgens gebragt zijn aan boord van de *Prins Hendrik*;

„dat dit stoomschip, ter zake voormeld, anderhalven dag in de nabijheid van het strand is gebleven, steeds stoom ophoudende en voor- en achteruit werkende, en toen met de manschappen en de specie is vertrokken;

„dat in de straat van Bab-el-Mandel, een half etmaal van Aden, de cylinder van dat stoomschip is gesprongen, welk voorval wel kan bevorderd zijn door het voor- en achteruitslaan, maar tot grondoorzaak had een defect aan de machine;

„dat het toen naar Aden is gesleept en daar is gerepareerd, en dat de specie op de plaats der bestemming, Batavia, behoorlijk is afgeleverd;

„O. ten aanzien van het regt:

„dat de eischende Maatschappij beweert, dat haar op grond van die feiten zoude toekomen bergloon, of in allen gevalle hulploon;

„O., dat daarvan echter in deze geene sprake zijn kan, daar noch in a. 561 K., waar de gevallen worden opgenoemd waarin de wet hulploon, noch in a. 562 van hetzelfde wetb., waar de gevallen worden opgegeven waarin de wet bergloon toekent, eenig geval voorkomt, met het hier gebeurde overeenkomende, vermits de door de eisch^sse ingeladen en vervoerde vaatjes met specie niet door hare hulp zijn geborgen uit het op het strand zittende schip, maar alleen zijn ingeladen van het strand, waar zij door de equipage van het gestrande schip zelf waren in veiligheid gebragt;

„O., dat evenmin uit de algemeene beginselen in a. 560

K. aangegeven, aangenomen zelfs dat op grond daarvan, buiten de gevallen in de a. 561 en 562 opgenoemd, hulp- of bergloon zoude kunnen worden toegekend, kan worden afgeleid, dat in deze berg- of hulploon zoude verschuldigd zijn, vermits bij dat a. gevorderd wordt, dat de schepen of goederen gered zijn uit „nood", dat is uit de gevaren der zee, en hier de vaatjes reeds in veiligheid aan land gebragt waren; vóór dat de eisch^sse hare hulp verleende;

„O., dat echter in deze heeft plaats gehad een buitengewoon vervoer van goederen, door een, de vrachtvaart uitoefenend stoomschip, na eene inlading daarvan op eene buitengewone plaats, welke inlading buitengewone en gevaarlijke werkzaamheden van het scheepsvolk heeft veroorzaakt, zoodat de eisch^sse deswege aanspraak heeft op buitengewone vrachtbetaling;

„O., dat dit loon, gelet op het oponthoud van een en een halven dag, op de buitengewone diensten door het scheepsvolk bewezen bij de inlading, en op het vervoer zelf, door den H.-R. wordt begroot op eene somma van *f* 15,000;

„Regt doende enz.,

„Veroordeelt den ged. om aan de eisch^sse tegen behoorlijke kwijting te betalen, de som van *f* 15,000, door hem ter zake voorschreven aan haar verschuldigd, met de renten volgens de wet, van den dag der beteekening van dit arr.

„Veroordeelt den ged. in de kosten van dit geding."

N° 1632. — Arrest van 21 Mrt. 1879.

(A. 237 B.-R. js a. 17, 18 en 32 K.)

Is a. 237 *B.-R. geschonden en zijn de a.* 17, 18 *en* 32 *K. verkeerd toegepast, door te weigeren dat een der besturende vennooten eener ontbonden en in liquidatie verkeerende*

vennootschap niet *op vraagpunten zal worden gehoord, als zullende geen* partij *zijn in een regtsgeding, door eene andere in liquidatie verkeerende vennootschap, op grond van aangegane overeenkomsten ingesteld tegen de firma, waartoe de bedoelde besturende vennoot, thans evenwel niet met de liquidatie belast, vóór de ontbinding dier vennootschap heeft behoord?* — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De handelsvennootschap, die te Amsterdam bestaan heeft onder de firma J. en B. T. V., is ontbonden bij vonnis der arr. regtb. te Amsterdam van 9 Junij 1876, hetwelk volgens de wet is ingeschreven en aangekondigd, en waarbij een der vennooten, de heer J. V. Cz., met uitsluiting van den anderen firmant den heer B. T. V., is benoemd tot vereffenaar der zaken van die ontbonden vennootschap.

„De eischende firma heeft, naar aanleiding van zekere overeenkomsten, welke zij beweerd met de thans ontbonden vennootschap te hebben gesloten, voor de regtb. te Amsterdam gedagvaard: *de firma J. en B. T. V. in liquidatie*, en de procureurstelling is geheel dienovereenkomstig gedaan voor: *de firma J. en B. T. V. in liquidatie.*

„Na gewisselde conclusien van eisch en antwoord heeft de thans eisch^sse^ verzocht, dat op vraagpunten mogt worden gehoord het lid der gedaagde firma B. T. V., welk verzoek bij vonnis van de regtb. en daarna bij het thans beklaagde, dit vonnis bevestigende arr. van het Hof is geweigerd, op grond, dat gezegde heer B. T. V. ten deze, in den zin der wet, niet als partij kan worden beschouwd.

„Als *middel* van cassatie is tegen dit arr. aangevoerd: schending en verkeerde toepassing der a. 237, 238, 5, n° 2, en 4, n° 4 B.-R., 15, 16, 17, 18 en 32 K., 1655, 1676, no 1, en 1829 B.-W., omdat bij het beklaagde arr. is verstaan, dat de heer B. T. V., een der besturende

vennooten van de gedaagde firma, nu in liquidatie, niet op vraagpunten kon worden gehoord, als zullende in deze geene partij zijn in den zin der twee eerstgenoemde a.

„Het betreft hier eene quaestie van *regtsvordering*. Het is *in casu* de vraag niet, of en in hoeverre een vennoot van eene firma verbonden is, en ook na de ontbinding der vennootschap verbonden blijft, door eene handeling door een medevennoot voor dien tijd gepleegd, een vraag, waarop het antwoord wel niet twijfelachtig kan zijn, maar die ook door het Hof, volgens het laatste gedeelte van de 2e overw. *in jure* teregt buiten onderzoek wordt gelaten.

„Het is evenmin de vraag, of eene eventuele bekentenis van een vroegeren medevennoot, die van de liquidatie is uitgesloten omtrent handelingen vóór de ontbinding geschied, bewijs zoude opleveren tegen de overige vennooten, dit is eene vraag naar het min of meer doeltreffende van het gewenschte verhoor op vraagpunten, eene vraag die in het vonnis van de regtb. is beantwoord, maar die door het Hof, volgens de 4e overw. *in jure*, is voorbijgegaan.

„Het betreft hier meer de ontvankelijkheid van het verzoek tot verhoor op vraagpunten.

„De vraag is alleen: is in dit geding de heer B. T. V. aan te merken als *partij* in den zin van a. 237 B.-R., want dan alléén laat dit a. toe, dat hij op vraagpunten worde gehoord. Die geene partijen zijn kunnen enkel als daartoe overigens termen zijn, als getuigen verklaringen afleggen.

„De eischende firma beweert, dat gezegde heer in dit geding partij is, hetzij zelfstandig, doordien hij mede zou zijn gedagvaard en verschenen, hetzij als lastgever van den liquidateur.

„Ik begin te vragen, wat zijn partijen in een geding? Eene zeer juiste definitie daarvan gaf, dunkt mij, de heer

Mr. VAN MAANEN, bij zijne conclusie, voorafgaande het arr. van den H.-R. van 21 Sept. 1844: „zij die tegen elkander overstaan in een twistgeding als eischende of verwerende, zijn in dat twistgeding partijen, even als in „eene overeenkomst zijn partijen, die zich jegens elkander „door een contract verbonden hebben" (V. D. HON., *B.-R.* VI, 8; *N. Rspr.* XVIII, 225).

„Partijen zijn dus zij, die een tusschen hen bestaand geschil aan de beslissing des regters onderwerpen, zij die litiscontesteren.

„Ik acht het eene zeer juiste opmerking in het vonnis van de regtb. te Amsterdam, dat ons Wetb. v. B.-R. zich de partijen steeds als handelend voorstelt, b. v. de zaak schikkend, practizijns aanstellend, zich verdedigend, concluderend, expeditie aanvragend, verzet doende, stukken van valschheid betichtende, getuigen wrakend enz.

„Ook de H.-R. schijnt bij voormeld arr. hierop het oog gehad te hebben, toen daarbij, om aan te toonen den zin, die aan het woord *partijen* in ons Wetb. v. B.-R. moet egeven worden, verwezen werd naar de a. 166 volgg, 176 volgg, 199 enz. van dat Wetb.

„Om partij te zijn, moet men dus in het proces handelen, althans kunnen handelen, moet men minstens bevoegd zijn in de leiding van het proces mede te spreken, al laat men die leiding ook aan anderen over.

„In de meeste gevallen is het dadelijk onmiskenbaar wie partijen in een geding zijn, de dagvaarding en de procureurstelling toonen dit duidelijk aan. Soms springt dit echter niet zoo dadelijk in het oog. Zoo b. v. bij vennootschappen van koophandel, want ofschoon ik niet tegenspreek, dat deze niet zijn regtspersonen, hebben zij toch eene eigenaardige wijze van in regten te verschijnen. Is zoodanige vennootschap eischende of verwerende in een geding, dan

worden de individuen, die zoodanig proces voeren, volgens a. 5, n° 2, 2e lid B.-R. niet aangeduid bij hunne namen en voornamen, maar in plaats daarvan wordt de benaming van de handelsvereeniging uitgedrukt.

„Maar wie zijn nu de personen, die door zoodanige benaming worden aangewezen, die als partijen te beschouwen zijn? Bij eene vennootschap onder eene firma m. i. alle vennooten, behalve hij, die niet voor de vennootschap mag handelen en zijne medevennooten niet mag verbinden, maar volgens a. 17 K. daarvan is uitgesloten; deze kan niet de firma vertegenwoordigen, niet voor haar eischend of verwerend in regten optreden, kan dus ook niet bij het in regten roepen of in regten verschijnen zijn aangeduid onder de algemeene benaming van a. 5, n° 5 B.-R. Ofschoon de uitslag van het proces ook hem regtstreeks treft wegens de aansprakelijkheid, bedoeld bij a. 18 K., kan hij zich toch niet in de leiding van het geding mengen. Hij is geen partij, en het belang, dat hij bij een proces heeft, maakt hem dit niet.

„Passen wij het voorzegde op het onderwerpelijke geval toe, dan betwist ik volstrekt niet dat, wanneer vóór de ontbinding van de vennootschap de firma J. en B. T. V. was gedagvaard, en door haar op de dagvaarding was procureur gesteld, beide firmanten zouden zijn geweest partij in het geding, en dat men aan ieder hunner een eed had kunnen opdragen en ieder hunner had kunnen doen hooren op vraagpunten, aangenomen dat geen van beiden van het beheer was uitgesloten. Maar gezegde firma was ontbonden, die ontbinding was ingevolge a. 31 K. ingeschreven en bekend gemaakt, en er was een liquidateur benoemd en wel met uitsluiting van den anderen firmant, de firmant J. V. Cz.

„De wet veronderstelt, dat door deze inschrijving en

bekendmaking de geheel veranderde toestand ter algemeene kennisse is gebragt, en dat die ook werkelijk bekend was aan de eischende firma, blijkt daaruit, dat zij niet heeft gedagvaard J. en B. T. V., maar J. en B. T. V. *in liquidatie*, en zoo is ook procureur gesteld door de gedaagde.

„En nu kan ik niet medegaan met de eisch[sse] als zij beweert, dat door deze wijze van dagvaarding en procureurstelling weder alle vroegere firmanten der liquiderende vennootschap *in lite* zijn, alsof de woorden *in liquidatie* niets beteekenden.

„A. 32 K. schrijft voor, dat de zaken der gewezen vennootschap zullen geregeld worden *in naam* van dezelfde firma, dat is *ten name* dier firma, want indien die woorden moesten beteekenen *ten behoeve* der ontbonden vennootschap, zouden zij even overbodig als onnaauwkeurig zijn. Vergel. arr. van het Hof van N.-holl. van 12 Nov. 1868 (*Weekbl.* n° 3077; *Mag. v. Handelsregt* X, 219.)

„Onder den naam van die firma kan dus nog in regten worden opgetreden, maar daaruit volgt volstrekt niet dat met dien naam, vooral wanneer door de bijvoeging van *in liquidatie* duidelijk blijkt, dat daarmede eene *ontbondene* vennootschap wordt bedoeld, dezelfde personen worden aangeduid, die vóór de ontbinding voor de vennootschap konden handelen, deze verbinden èn voor haar in regten optreden. Nu worden door dien naam aangewezen de vereffenaars, hetzij dit de vroegere vennooten zijn of niet, die thans het gemeenschappelijk vermogen van de vennooten beheeren, en die „in regten optreden voor de ontbondene vennoot- „schap even als vóór de ontbinding een der vennooten. (Zie Mr. Kist, III, 2e druk, bl. 284).

„Dit onderscheid wordt ook m. i. aangeduid door de bepaling van de plaats waar de personen aan welke *voor* en *na* de ontbinding van een vennootschap volgens a. 4, n° 4 B.-R. de

dagvaarding wordt gedaan, en de regter voor wien volgens a. 126*l* van dat Wetb. kan gedagvaard worden.

„Ik moet dan ook verklaren, dat ik niet begrijp het onderscheid, dat er volgens de eisch^sse zou bestaan tusschen dagvaarding en procureurstelling, zooals die hier heeft plaats gehad van de firma J. en B. T. V. *in liquidatie*, en J. V. Cz. als *liquidateur* van de firma J. en B. T. V.; beide drukken, dunkt mij, geheel hetzelfde uit.

„En men neme hierbij in aanmerking, dat het niet de liquidateur is, die zoo het eerst in regten optrad, maar de eischende firma, die hem zoo aansprak en door de uitdrukkelijke vermelding *in liquidatie* toonde te weten, dat zij tegenover eene ontbondene vennootschap stond, zooals dan ook de ontbinding en optreding van een liquidateur wettig was gepubliceerd.

„De regel, waarop men zich beroept: „la société subsiste encore pour sa liquidation", kan op deze beschouwingen van geen invloed zijn, want de vennootschap moge ook na de ontbinding geacht worden te bestaan ten opzigte van de crediteuren, zoolang de liquidatie duurt, de vraag is hier slechts wie voor haar in regten optreden, wie aan hare zijde litis-contesteren, en dus nà de ontbinding in een door haar gevoerd proces voor partijen moeten gehouden worden. Dat zijn m. i. voorzeker de liquidateurs. De heer B. T. V., die van de liquidatie is uitgesloten, was niet bevoegd op eenigerlei wijze voor de firma *in liquidatie* handelend op te treden, dus ook niet haar in regten te vertegenwoordigen. Wordt de firma *in liquidatie* opgeroepen, dan wordt niet de heer B. T. V. opgeroepen; verschijnt de firma *in liquidatie* in regten, dan verschijnt niet de heer B. T. V.; hij kan dus nooit partij zijn in zoodanig geding.

„Maar, beweert men, al is de heer B. T. V. niet regtstreeks in regten geroepen en verschenen, dan is hij toch nog partij,

want de liquidateur is de gemagtigde van de gezamenlijke vennooten, en wanneer iemand in naam eens lastgevers optreedt, moet die lastgever geacht worden *in lite* te zijn, en dus kunnen tegen hem dezelfde regtsmiddelen gebezigd worden, als voor het geval dat de regtsvordering op eigen naam van den lastgever is ingesteld.

„Wij behoeven nu niet te onderzoeken wat regtens zoude zijn, indien volgens het eerste lid van a. 32 K. de vennooten *bij overeenkomst* een vereffenaar hadden benoemd, want dit is hier volstrekt het geval niet. De aanstelling van den liquidateur is niet het gevolg van den wil van den heer B. T. V., deze heeft den liquidateur niet gemagtigd om voor hem te vereffenen, en dus ook namens hem in regten op te treden; maar de aanstelling is het gevolg van een regterlijk vonnis, dat den heer J. V., met uitsluiting van den heer B. T. V., de liquidatie opdroeg, welke regterlijke opdragt, volgens de beslissing aan het slot van de 3e overw. van het arr., ook niet eene magtsverstrekking van of voor dien afwezigen vennoot (B. T. V.) behelst.

„De liquidateur vertegenwoordigt dus wel de vennootschap, maar hij kan volstrekt niet als een gewoon lasthebber van den heer B. T. V. beschouwd worden, die dan ook niet de vertegenwoordiging zoude kunnen doen eindigen, een anderen vertegenwoordiger doen optreden, of zelfs de behartiging der zaken op zich nemen, die thans door den vertegenwoordiger worden beheerd.

„En wanneer men zegt, dat het er toch voor moet gehouden worden, dat de liquidateur, ook al is hij benoemd door de regtb., is gemagtigde der gezamenlijke vennooten, dan antwoord ik, die gefingeerde lastgeving, waarbij dan toch de meeste vereischten van dat contract ontbreken, kan nooit maken, dat de vennoot, die van de liquidatie is uitgesloten, handelend kan optreden in een geding door

de liquiderende firma eischend of verwerend gevoerd, dat proces kan leiden of zich eenigzins regtstreeks daarin mengen, dat een gewoon lastgever altijd kan doen, en dat juist maakt, dat hij kan geacht worden zelf *in lite* te zijn en als partij kan beschouwd worden.

„De vertegenwoordiging van den bij regterlijk vonnis van de vereffening uitgesloten vennoot door den liquidateur heeft dan ook veel overeenkomst met die van den minderjarige door den voogd, den failliet door den curator, de gehuwde vrouw door haren man, ofschoon ik toegeef, dat de vergelijking niet geheel opgaat.

„Ook de vertegenwoordiging van de vennootschap door den vereffenaar kan dus m. i. den heer B. T. V. niet tot partij maken.

„En wanneer men het nu onbillijk heet, dat men bij deze beschouwing door de ontbinding van eene firma en uitsluiting van een der vennooten van de liquidatie, het regtsmiddel van verhoor op vraagpunten verliest, dan zij men daarbij indachtig, dat ook door andere omstandigheden dat regtsmiddel kan verloren gaan, b. v. door den dood van den persoon met wien men handelde, en dat *in casu* de eischende firma den vennoot met wien zij handelde, persoonlijk had kunnen aanspreken en dan van het regtsmiddel had kunnen gebruik maken.

„Ik meen ten deze te moeten concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eisch^sse^ in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 237, 238, 5, n° 2, en 4, n° 4, B.-R., de a. 15, 16, 17, 18 en 32 K., en de a. 1655, 1676, n° 1, en 1829 B.-W., omdat bij het beklaagde arr. is verstaan, dat de heer B. T. V., een der besturende vennooten van de ged. firma, nu *in liquidatie*,

niet op vraagpunten kon worden gehoord, als zullende in deze geen partij zijn in den zin der twee eerstgemelde a.

„O., dat het bij de beoordeeling van dit *middel* geheel aankomt op de beantwoording der vraag of het lid B. T. V. der nu ontbonden en in liquidatie verkeerende vennootschap onder de firma J. en B. T. V., terwijl deze firma is gedagvaard in liquidatie, bij het bestreden arr. al dan niet teregt is aangemerkt als staande buiten het geding, en of dus teregt op hem, als daarin niet zijnde partij, a. 237 B.-R. is geoordeeld ontoepasselijk;

„O. daaromtrent, dat *in casu* is gedagvaard en in regten is verschenen eene vennootschap onder eene firma, en dat dus al de vennooten in die vennootschap zijn geroepen en, krachtens, de procureurstelling dier vennootschap, zijn verschenen alle, de gemeenschappelijke firma uitmakende vennooten, of leden der firma, hoezeer dan ook, zoowel bij de dagvaarding als bij de procureurstelling, door de bijvoeging *in liquidatie* als vaststaande mag worden aangemerkt, dat de geroepen vennootschap verkeert in den daardoor aangewezen toestand;

„O., dat het verhoor *in casu* geldt eene regtsvordering, voortspruitende uit een contract (van koop en verkoop), hetwelk door de eischende vennootschap (mede in liquidatie) is beweerd vóór de ontbinding te zijn aangegaan, op naam der betrokken firma, door het daartoe bevoegd lid dier firma, B. T. V., wiens verhoor uit dien hoofde is gevraagd, doch geweigerd;

„O., dat nu zeer zeker zoodanig contract geeft een onmiskenbaar verhaal tegen de vennootschap onder firma, welker leden, naar a. 18 K., elk hoofdelijk voor het geheel zijn aansprakelijk voor de verbindtenissen hunner, niet van handelen uitgesloten medevennooten;

„O., dat daaruit voortvloeit, dat de firma in regten

wordende geroepen, daardoor van zelve in het geding zijn betrokken de individuële leden der gedagvaarde firma, met dat gevolg, dat tegen elk der leden die op naam der firma mogten hebben gecontracteerd, te dier zake, als in het geding partij zijnde, mogen en kunnen worden te baat genomen alle bij de wet toegelaten bewijsvoeringen en alle daartoe aan de hand gegeven bewijsmiddelen;

„O., dat nu aan dien regtstoestand niet kan te kort doen eene ontbinding der betrokken vennootschap en de daaraan verbonden benoeming eens liquidateurs;

„O. toch, dat derden, bewerende vóór de ontbinding geldiglijk met de later ontbonden vennootschap te hebben gehandeld en gecontracteerd, hun verhaal te dier zake, met alle daaraan verbonden regtsgevolgen volkomen behouden, en dus dat verhaal alleen kunnen rigten en alleen verpligt zijn te rigten tegen de gecontracteerd hebbende firma, zij het dan ook, uit aanmerking der openbaar gemaakte ontbinding, met bijvoeging *in liquidatie;*

„O., dat dan ook de ontbinding en daaraan verbonden vereffening alleen strekt, om aan de eene zijde uit te sluiten alle bevoegdheid der vennootschap onder firma, en dus van elk harer leden, tot het aangaan, op naam der firma, van nieuwe verbindtenissen na de ontbinding, en om, door de openbaarmaking daarvan, derden daarmede bekend te stellen en aan de andere zijde de vereffening van het, onder beheer des liquidateurs gesteld vermogen der firma te doen plaats hebben, zonder het bestaan der firma en de solidaire aansprakelijkheid harer leden, *casu quo* ook boven en buiten het onder des vereffenaars beheer staand vermogen der firma, ook voor het verledene en opzigtens alle, aan de ontbinding voorafgegane verbindtenissen op te heffen, of zelf daaraan andere, bovendien nergens bij de wet vastgestelde regtsgevolgen, te verbinden;

„O., dat derhalve, evenals vóór de ontbinding, zoo oók daarna, wegens verbindtenissen daaraan anterieur, in regten verhaal wordende gezocht en de verbonden firma te dier zake, zij het dan ook met de bijvoeging *in liquidatie*, wordende gedagvaard, die firma en hare individuele leden staan *in lite* en dus zijn partij in het aanhangig geding;

„O., dat mitsdien, door *in casu* het gedaan verzoek om op vraagpunten te doen hooren het lid B. T. V. der in regten betrokken firma J. en B. T. V. te weigeren, is geschonden a. 237 B.-R., en verkeerd zijn toegepast de a. 17, 18 en 32 K.;

„Vernietigt het arr. van het geregtshof te Amsterdam op 14 Junij 1878 tusschen partijen gewezen, waartegen de voorziening is gerigt;

„En doende wat gezegd geregtshof had behooren te doen;

„Vernietigt het vonnis der arr.-regtb. te Amsterdam van 4 Mei 1877; en

„Verklaart ontvankelijk het bij die regtb. aanhangig gemaakt verzoek tot verhoor op vraagpunten;

„Wijst de zaak naar die regtb. terug, ten einde op gezegd verzoek, met inachtneming van 's H.-R[s] arr. zoodanig te beschikken als zij zal vermeenen te behooren;

„Veroordeelt de verwerende firma in de kosten, zoo in eersten aanleg en hooger beroep, als in cassatie gevallen."

N° 1633. — Arrest v. 21 Mrt. 1879.

(A. 1395 B.-W.)

Moet, wanneer er bij het ten uitvoer leggen van eene tusschen partijen bestaande overeenkomst, geheel of ten deele onverschuldigd is betaald, om terugbetaling te bekomen geageerd worden uit die overeenkomst, zonder dat in dat

geval de condictio indebiti *zou zijn toegelaten?* — NEEN. *Is, door anders te beslissen a.,* 1395 *B.-W. geschonden?* — JA.

Tegen een vonnis der arr.-regtb. te Amsterdam van 16 Julij 1878 tusschen partijen gewezen, heeft zich voorzien in cassatie J. K., handelende op de firma J. K. EN Co. (vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, adv. bij den H.-R.) en bij zijne dagvaarding het volgende *middel* aangevoerd:

„A. de eischer heeft gesteld van den gedaagde te hebben ontvangen order tot verkoop van zeker effect, waarop hij den gedaagde een bedrag van *f* 200 had voorgeschoten, dat hij echter, ter zake dier order, den gedaagde heeft verstrekt eene afrekening, komende tot het cijfer van *f* 701,48⁵, hetwelk na aftrek van gemeld voorschot met interest en provisie, den gedaagde is uitgekeerd, maar dat hij eischer later heeft ontdekt, dat het effect was van veel mindere soort dan bij de afrekening als grondslag was aangenomen, ten gevolge waarvan hij den gedaagde een bedrag van *f* 381.25 te veel had betaald;

„A. de eischer mitsdien dit bedrag, als onverschuldigd betaald, heeft teruggevorderd van den gedaagde, met eisch van renten en kosten;

„A. de gedaagde in antwoord hierop eene andere voorstelling van de zaak gevende, daaraan heeft verbonden deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, dat den eischer niet zou toekomen de uit de wet voortvloeijende *condictio indebiti*, waar de feiten medebrengen eene tusschen partijen bestaande overeenkomst;

„A. de regtb. te Amst. bij voormeld vonnis, op grond dezer exceptie den eischer heeft verklaard niet-ontvankelijk in zijne vordering *c. e.*;

„A. de oorspronkelijke eischer, nu eischer *i. c.*, tegen dit vonnis voorstelt als eenig *middel van cassatie*: schending

en verkeerde toepassing van de a. 1395, 1396, 1829, 1844, 1845, 1846, 1493, 1358 en 1485 B.-W., omdat is verstaan dat den eischer in deze niet toekwam de *condictio indebiti;*

„A. toch de twee eerste a. voor iedere onverschuldigd gedane betaling, dus ook voor de door den eischer geposeerde, geven de *condictio indebiti;*

„A. 's regters uitzondering en onderscheiding voor het geval, dat de overeenkomst eene regtsbetrekking tusschen partijen had doen ontstaan, is volmaakt willekeurig en buiten en tegen die wetsbepalingen;

„A. de regtb. wel aanvoert, dat de eischer volgens *zijne* positieven het effect heeft verkocht krachtens *lastgeving* van ged., en dat, volgens geds beweren, deze den eischer het effect heeft *verkocht*, maar het vonnis *a quo* daaruit ten onregte afleidt, dat de eischer mitsdien hetzij eene actie uit lastgeving, hetzij eene actie tot vernietiging van den koop had moeten instellen;

„A. toch de laatste bewering al dadelijk moet worden ter zijde gesteld, vermits de ontvankelijkheid eener actie moet worden beoordeeld naar de *posita*, waarop zij rust, niet naar het antwoord, daarop door den ged. gegeven;

„A. voorts de aangehaalde a. omtrent lastgeving, omschrijvende des lasthebbers regten, dezen geene actie geven voor het onderwerpelijk geval, dat de lasthebber den lastgever *te veel* uitkeerde;

„A., alleen de door de regtb. geschonden a. omtrent de *condictio indebiti*, bij het *middel* v. c. aangehaald, in dit geval hem, die te veel, en dus onverschuldigd betaalde, regt en actie geven;

„Concluderende dat bij arr. van den H.-R. mag worden vernietigd voormeld vonnis der arr.-regtb. te Amst. van 16 Julij 1878, waartegen deze voorziening is gerigt, en, met verwerping der voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijk-

heid, den eischer te hooren verklaren ontvankelijk in zijne vordering, met verwijzing der zaak naar die regtb., ten einde ten principale te worden behandeld en beslist, alles met veroordeeling van den verw. *i. c.* in de kosten op de exceptie in eersten aanleg gevallen, en in de kosten van cassatie.

Voor den verw. C. W. F. D., vertegenwoordigd door Mr. G. BELINFANTE, adv. bij den H.-R., is de volgende conclusie genomen:

„A. de verw. wil medegaan met den eischer, waar hij bij zijne dagvaarding *i. c.* zegt, dat de ontvankelijkheid eener actie moet worden beoordeeld naar de *posita*, waarop zij rust, en niet naar het antwoord daarop door den ged. gegeven;

„A. dan de eenvoudige vraag *i. c.* is, of de door den eischer aangehaalde wetsbepalingen zijn geschonden of verkeerd toegepast door de niet-ontvankelijk-verklaring van des eischers *condictio indebiti*, rustende op deze (door den verw. in eersten aanleg en alsnog ontkende) *posita:*

„dat de verw. den eischer op 24 Mrt. 1875 last heeft gegeven om een effect van 1000 doll. nominaal, hetwelk, als onderpand van beleening, reeds onder den eischer berustte, te verkoopen, en hij eischer toen, op den eigen dag, den verw. eene afrekening heeft gegeven, waarbij het bedrag van den koopprijs van bedoeld effect was gesteld op *f* 707.91, zullende zijn geweest *f* 381.25 *meer* dan de beurswaarde van dien dag;

„en dat hij, kort of lang daarna, aan het beweerde mandaat tot verkoop uitvoering heeft gegeven, van welke gegeven uitvoering hij bij repliek bepaaldelijk bewijs heeft aangeboden;

„A. uit deze *posita* nooit kan volgen des eischers regt tot het instellen eener *condictio indebiti*, daar *hij* in geen geval eenig *indebitum solvit;*

„A. toch, zoo de eischer werkelijk op des verw[s] last het bedoelde effect, na de daaromtrent reeds plaats gehad hebbende afrekening, verkocht heeft, de kooper alsdan aan den eischer betaald heeft òf denzelfden òf een anderen prijs, dan de eischer daarvoor aan den verw. had verantwoord;

„A. in het *eerste* geval den eischer geenerlei actie tegen den verw. is geschapen, zoolang hij niet door den beweerden kooper wordt aangesproken, en hij in het *andere* geval wel in billijkheid, *actione mandati contraria*, zou kunnen terugvorderen het verschil tusschen het door hem aan den verw. verantwoorde bedrag en het door hem van den kooper, naar den koers van den dag des verkoops, ontvangene, maar *nooit*, dat tusschen het eerstgemelde en den beursprijs van 24 Maart 1875, die aan den beweerden verkoop geheel vreemd is;

„A. alzoo het *dictum* van het bestreden vonnis, wel verre van de wet te schenden of verkeerd toe te passen, geheel overeenstemt met letter en geest der wet, en het zelfs geheel overbodig is te relevéren, dat de eischer, in zijn eigen systema, noodwendig mede als geschonden of verkeerd toegepast had moeten noemen de wetsbepalingen, waarin de regtb., naar dat systema, grond had *moeten* vinden om bewijs te gelasten;

„Zoo concludeert Mr. G. Belinfante, als vertegenwoordigende den verw., dat bij 's H.-R[s] te wijzen arr., de ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van den verw. in de kosten."

De Proc.-G. Römer heeft in deze genomen de volgende conclusie:

„De eischer in cassatie heeft tegen den verw. ingesteld de *condictio indebiti*, op grond dat hij op last van den verw. een vroeger reeds beleend effect heeft verkocht, en bij de

afrekening *te veel*, en dus *onverschuldigd* heeft betaald *f* 381.25, welke som de verw. moet teruggeven.

„Volgens de 1e overw. *quoad jus*, heeft de verw. de ontvankelijkheid der regtsvordering bestreden, op grond dat, wanneer, zooals *in casu*, tusschen partijen eene overeenkomst, hetzij die van lastgeving, hetzij die van koop en verkoop bestaat, uit die *overeenkomst* moet worden geageerd, maar geene *condictio indebiti* als voortspruitende uit de wet, kan worden ingesteld.

„De regtb. heeft die exceptie toegewezen, en daartegen is als *middel* van cass. aangevoerd: schending en verkeerde toepassing der a. 1395, 1396, 1829, 1844, 1845, 1846, 1493, 1358 en 1485 B.-W.

„Het komt mij niet twijfelachtig voor, dat de eischer het regt heeft om datgene, wat hij door eene onjuiste berekening van de waarde van het effect te veel heeft betaald, terug te vorderen *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

„En er is *onverschuldigd* betaald evenzeer wanneer men *meer* betaalt dan men schuldig is, als wanneer er in het geheel geen schuld bestaat. *Tout ce qui est procuré à titre de payement sans être réellement dû, donne lieu à répétition.* Marcadé ad a. 1235 C.-C.

„Tot de exceptie, zooals zij is voorgesteld en bij vonnis toegewezen, heeft welligt het arr. van den Raad van 31 Maart 1876, (*N.-Rspr.* CXII, 279; v. d. Hon.; *B.-R.* XLI, 149) aanleiding gegeven.

„Beide zaken zijn echter niet geheel gelijk. De handeling, waaruit toen werd geageerd, ofschoon m. i. onregtmatig als in strijd met de wet, leverde een *obligatio ex consensu* op, terwijl thans het *indebiti* betalen, en derhalve eene *obligatio quasi ex contractu* den grondslag der actie uitmaakt.

„Maar hoe dit ook zij, zoo houd ik de leer van het

vonnis dat eene *actio ex contractu* niet kan zamenloopen met die *ex lege*, voor onjuist.

„De leer der *concursus actionum* is in onze wetgeving niet geregeld; deze bevat slechts een verbod om de *possessoire actie* met de *petitoire* te cumuleren. Vgl. DALLOZ, *Répert.*, voce *Action*, n° 286 suiv.

„Bij een vroeger vonnis der regtb. te Amsterdam werd overwogen, dat de *actio ex contractu* met die *quasi ex delicto* kan worden gecumuleerd (*Regtsg. Bijbl.* 1856, D. VI, bl. 24). Hetzelfde leert VON SAVIGNY, *System*, D. V, bl. 226: „*Wenn der Miether, der Commodatar u. s. w. die Sache ver-* „*stört oder verdirbt, so hat der Eigenthümer gegen ihn die* „*beiden eben genannten Klagen*" nl. de *actio legis aquiliae* en de *Contractsklage*. In beiden is hij *ontvankelijk*, doch daar beiden op schadeloosstelling zijn gerigt, zal in de meeste gevallen de eene de andere opheffen, *absorbiren*.

„Zoo loopen ook de *condictiones* zamen met de *actiones bonae fidei*. Wat betreft de *condictio indebiti* zegt VON SAVIGNY t. a. p. bl. 218: „*In allen solchen Fällen kann auf* „*die unrechtmässige Bereicherung sowohl mit einer Condiction* „*als aus dem geschlossenen Contracte geklagt werden.*" Vgl. L. 45 en 46 D. *prosolut.*

„Hetzelfde leert ook GOUDSMIT, *Pandekten-systeem* bl. 244 en voor ons regt VAN BONEVAL FAURE, *Ned. procesregt* D. I, bl. 185, volgg.

„Uit algemeene regtsbeginselen zijn dus *beide* actien ontvankelijk. A. 1303 B.-W. geeft zeker aan de partij, te wier opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, de keus om tot hare nakoming te noodzaken of hare ontbinding te vorderen.

„Maar iedere *niet-nakoming* der verbindtenis is nog geene *onregtmatige daad* in den zin van a. 1401 B.-W. Indien zij echter dit karakter heeft, is m. i. de *actio legis aquiliae*

gewettigd, evenzeer als de *actio ex contractu*, doch geldt de regel *electa una via non datur regressus ad alteram*. De algemeene regel, door het vonnis gesteld is m. i. onjuist.

„En wat nu de zaak in geschil betreft, zoo geloof ik niet, dat de eischer in cassatie door de *actio mandati contraria*, welker ontvankelijkheid ik niet ontken, zou zijn gebaat. Volgens de *posita* der dagvaarding was het effect verkocht, de afrekening gegeven en het *saldo* betaald. Het mandaat was dus afgeloopen; er was *error in solutione*. Nu zijn de grenzen en de omvang der *actio mandati contraria* omschreven in de a. 1845 en 1846 B.-W.

„Slechts laatstgemeld a. zou hier in aanmerking kunnen komen; maar dan is er geen verlies geleden in de uitvoering van het mandaat, en al was dit zoo, dan stond de onvoorzigtigheid van den eischer aan de terugvordering in den weg, terwijl deze het instellen der *condictio indebiti* niet verhindert.

„Door haar *niet-ontvankelijk* te verklaren, heeft de regtb. m. i. a. 1395 B.-W. geschonden.

„De overige a. in het *middel* nog aangevoerd, komen m. i. niet in aanmerking. Het vonnis heeft ze niet toegepast en hare aanhaling strekte ten betooge dat hier noch *actione mandati contraria* noch *ex empto vendito* tot vernietiging van koop en verkoop kon worden geklaagd.

„Bij de conclusie van antwoord is de uitgesprokene niet-ontvankelijkheid nog verdedigd door de bewering dat, zoo de derde kooper het effect ook boven de waarde heeft betaald, de eischer op grond van a. 1839 B.-W. het te veel ontvangene aan den verw. moest uitbetalen; en dat, zoo de derde kooper minder heeft betaald dan door den eischer is uitgekeerd, deze het verschil tusschen de verantwoorde en ontvangene som, door de *actio mandati contraria* kon terugvorderen.

„Beide veronderstellingen zijn in strijd met de *posita* der dagvaarding, naar welke de ontvankelijkheid der ingestelde actie moet worden beoordeeld, en waarbij wordt gesteld, dat de vergissing heeft plaats gehad bij de afrekening, dus bij de uitbetaling van het saldo.

„Maar daarenboven heeft de eischer gehandeld als commissionair, en het blijkt niet, dat hij dit gedaan heeft uit naam van zijn lastbebber; hij zou dus den derden kooper aan zich, maar niet jegens den verw. hebben verbonden. Zie a. 77—79 K.

„En in de tweede veronderstelling zou zijne onvoorzigtigheid in de uitvoering van het mandaat de *actio mandati contraria* ongegrond maken, terwijl deze *culpa* aan de *condictio indebiti* niet in den weg staat, maar haren grondslag uitmaakt.

„Wat eindelijk betreft de opmerking, dat de eischer ook de a. volgens welke het leveren van bewijs moest zijn toegelaten, in het *middel* had moeten opnemen, zoo is het passeren van het aangeboden bewijs in het *dictum* van het vonnis een noodwendig gevolg van de niet-ontvankelijkverklaring der actie, welker gegrondheid toen niet kon worden onderzocht.

„Op deze gronden meen ik te moeten concluderen tot vernietiging van het beklaagde vonnis, en tot ontvankelijkverklaring der actie, met verdere regtspraak overeenkomstig de conclusie van den eischer in cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat in deze als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1395, 1396, 1829, 1844, 1845, 1846, 1493, 1358 en 1485 B.-W., omdat is verstaan, dat den eischer in deze niet toekwam de *condictio indebiti*;

„O., dat dit *middel* hierop is gegrond, dat de twee eerst-

gemelde a. voor iedere onverschuldigd gedane betaling, dus ook voor de in deze door den eischer in cassatie geposeerde, geven de *condictio indebiti*, en dat de uitzondering en onderscheiding door de regtb. in deze aangenomen, voor het geval dat overeenkomst eene regtsbetrekking tusschen partijen had doen ontstaan, is volmaakt willekeurig en tegen de aangehaalde wetsbepalingen;

„O., dat blijkens het aangevallen vonnis de eischer, nu eischer in cassatie, bij dagvaarding en conclusie van eisch heeft geposeerd, dat de ged. zich in het begin van 1875 ten zijnen kantore heeft vervoegd, met verzoek om hem, tegen onderpand van eene obligatie van 1000 dollars 7 pCt. Paul en Pacific-spoor, ter leen te verstrekken *f* 200, aan welk verzoek is voldaan en het aangeboden onderpand is overgenomen, tegen uitkeering van *f* 200;

„dat de ged. daarna op 24 Maart 1875 den eischer *order heeft gegeven* den verkoop van voormeld effect te bewerkstelligen;

„dat de eischer daarop aan ged. van gedacht effect eene afrekening heeft verstrekt, tegen den koers van 26 pCt., tot een bedrag, met bijkomende renten en aftrek van provisie, van *f* 701.78½;

„dat de eischer echter later heeft bevonden, dat hij ten onregte aan den ged. eene afrekening had gegeven, waarbij de koers van gemeld effect was gesteld op 26 pCt., als ware gezegd effect eene obligatie Paul en Pacific eerste sectie, terwijl het werkelijk was een geconsolideerde Pacific eerste sectie, zoodat de eischer aan den ged., daar de koers van een geconsolideerde, op bedoelden datum was 10¼ pCt te veel, en alzoo *onverschuldigd*, heeft uitbetaald eene som van *f* 381.25, zijnde 15¼ pCt. van 1000 dollars, en ged. dus verpligt is dat bedrag aan den eischer te restituëren;

„O., dat de ged., nu verw. in cass., de door den eischer

gestelde feiten ontkennende, heeft beweerd, dat hij aan den eischer ten zijnen kantore op 24 Maart 1875 gemeld stuk heeft verkocht, zooals de eischer dat stuk toen van hem heeft gekocht, voor den door den eischer geboden en betaalden prijs van, zooals het vonnis heeft, $25\frac{1}{8}$ pCt. (hetwelk echter kennelijk eene schrijffout is voor $25\frac{7}{8}$ pCt.), bewerende wijders dat hiermede nu de gansche zaak was afgeloopen;

„O., dat dientengevolge de ged., nu verw., de niet-ontvankelijkheid der vordering heeft beweerd, op grond dat, waar uit de feiten blijkt van het bestaan eener overeenkomst tusschen partijen, de *condictio indebiti*, die uit de wet voortvloeit, den eischer niet toekomt; en dat de regtb. daarop heeft beslist, dat hetzij er lastgeving zij, zooals de eischer beweerde, hetzij koop en verkoop, zooals de nu verw. beweerde, in elk geval *overeenkomst*, niet *de wet* eene regtsbetrekking tusschen partijen heeft doen geboren worden en dat hierom, hetzij de actie uit lastgeving voortspruitende, hetzij de vernietiging van den koop had behooren te worden ingesteld, maar geenszins de *condictio indebiti;*

„O., dat alzoo de beslissing der vraag of het voorgestelde *middel* van cassatie al of niet is gegrond, daarvan afhangt of, wanneer er bij het ten uitvoer leggen van eene tusschen partijen bestaande overeenkomst, als *in casu*, geheel of ten deele onverschuldigd is betaald, noodwendig, om terugbetaling te bekomen, moet worden geägeerd uit die overeenkomst, zonder dat de vordering is toegelaten, die de wet in a. 1395 B. W. geeft;

„O., dat toch deze vraag ontkennend moet worden beantwoord;

„O. toch, dat evengemeld wetsa., waarop het in deze eeniglijk aankomt, in de meest algemeene bewoordingen

bepaalt, dat hetgeen zonder verschuldigd te zijn is betaald kan teruggevorderd worden, en dat nergens bij de wet, met name ook niet bij de bepalingen omtrent lastgeving en omtrent koop en verkoop op die bepaling eenige uitzondering is gesteld;

„O. dat alzoo, al moge in het gesteld geval ook eene vordering uit overeenkomst openstaan, daardoor, naar de woorden der wet, niet is uitgesloten de vordering tot terugbetaling, die a. 1395 geeft;

„O., dat dan ook, naar de algemeen en te regt aangenomen regtsleer, het bestaan van de eene regtsvordering niet uitsluit de bevoegdheid tot het bezigen van eene andere, die eveneens tot het beoogde doel kan leiden en in de wet haar grond vindt;

„O., dat hieruit volgt, dat het *middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het aangevallen vonnis van de arr.-regtb. te Amsterdam van 16 Julij 1878;

„Gezien voorts a. 105 R.-O. en, ten principale regtdoende:

„Verwerpt het voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid;

„Veroordeelt den nu verw. in cassatie in de kosten daarop gevallen;

„Wijders gezien a. 424 in verband met a. 422 B.-R.:

„Wijst het geding terug naar de arr.-regtb. te Amsterdam, ten einde de zaak verder te behandelen en te beslissen;

„Verwijst den verw. in de kosten, in cassatie gevallen."

No 1634. — Arrest v. 28 Mrt. 1879.

(A. 717 K.)

Is a. 717 K. geschonden door met het geval, dáár bedoeld, gelijk te stellen het feit dat op den tijd, toen de reparatien hadden moeten plaats hebben, volstrekt geene geschikte materialen te bekomen waren? — NEEN.

Komt den verzekerde, in geval het verzekerde belang door een der gevaren waartegen verzekerd is, geheel mogt te niet gaan, geheele vergoeding der geledene schade tot op het beloop der som waarvoor verzekerd is toe, niet alleen in het geval waarin het verzekerde feitelijk geheel mogt zijn vergaan, maar dan ook, wanneer het in zoodanigen toestand mogt zijn gebragt, dat de verzekerde er geen gebruik meer van maken kan en het dus geacht moet worden voor hem niet meer te bestaan? — JA.

Kan de bewijskracht van het verslag van deskundigen voor het eerst in cassatie worden bestreden? — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij het eenige *cassatie-middel* worden als geschonden en verkeerd toegepast voorgesteld de a. 246, 637, 664, 713, 714, 715, 716 en 717 K., 1902 en 1903 B.-W, en 1 K., en wel om tweeërlei redenen.

„De eerste is deze: dat het beklaagde arr. het bedoelde schip als afgekeurd zou beschouwd hebben en de eisch^sse^ veroordeeld tot het geven van schadevergoeding op den grondslag van a. 717 K., zonder dat geposeerd of bewezen is, dat de reparatie-kosten ¾ der waarde zouden bedragen, maar terwijl integendeel feitelijk zou vaststaan, dat de reparatie-kosten bij eene scheepswaarde van *f* 24,000 op *f* 12,500, dus verre onder de ¾ geraamd zijn.

„De tweede is deze, dat met dit geval door het Hof zoude gelijk gesteld zijn, het niet eens door wettige bewijsmiddelen gestaafde feit, dat ter plaatse waar het schip zich bevond, tijdelijk materialen voor de reparatie vereischt, niet aanwezig waren, zonder zelfs het bewijs der feiten toe

te laten, waaruit de *mogelijkheid* der *onmogelijk genoemde* reparatie zoude zijn voortgevloeid.

„Met het oog op het eerste gedeelte van het *middel* zal het noodig zijn na te gaan wat volgens de gewijsden, de grondslag van de vordering is geweest en daaromtrent is beslist.

„In het vonnis der regtb. te Amsterdam (2e en 4e overw. *in facto*), wordt geconstateerd, dat de toen eischer, op grond, dat het schip de *Alcmaria Victrix* als onherstelbaar moest worden verkocht, vermeent, dat de daardoor te weeg gebragte schade is ten laste van de verzekeraars; dat zijne actie niet was gebaseerd op de *relatieve*, maar op de *absolute* onbruikbaarheid van het schip; en in de 1e overw. *in jure*, dat de eischsse hare vordering gegrond heeft, 1° op de juridische bewering, dat ook volgens ons regt, als het schip door zee-evenementen onzeewaardig wordt, zoodat het in de noodhaven niet kan worden hersteld, de verzekerde 100 pCt. der assurantie-som kan vorderen onder aftrek van het provenu van het onherstelbare schip, en 2° op de feitelijke bewering, dat het schip in dit geval verkeerde. Het Hof refereert zich, wat het feitelijke betreft, aan de uiteenzetting door de regtb. (2e lid, 1e overw.), en neemt die over en beslist in dezelfde overw., de feiten resumerende, dat de grond van de actie van den eischer was het beweren, dat de onmogelijkheid van reparatie wegens gemis van materialen moest gelijk gesteld worden met totaal verlies van het schip. Regtb. en Hof stemmen deze stelling toe, en het Hof neemt bovendien aan, dat die onmogelijkheid hier bestond en wijst den eisch toe.

„Regtb. en Hof hebben dus hunne beslissing niet gebaseerd op eene verhouding van cijfers, de waarde van het schip en de reparatie-kosten, en het Hof heeft niet op den grondslag van a. 717 K. schadevergoeding toegewezen.

„Maar dit schijnt juist de grief te zijn, die men bij het eerste gedeelte van het *middel* wil doen gelden.

„Men schijnt weder de theorie ingang te willen doen vinden die vooral in den aanvang van het proces is verkondigd, dat, buiten het feitelijk totaal vergaan van een schip, onze wet slechts twee verschillende wijzen van schade berekening toelaat, naar mate de geraamde reparatie-kosten ¾ der waarde van het schip overtreffen of niet, dat in het eerste geval het schip wordt gehouden voor afgekeurd en de schade wordt vergoed naar het voorschrift van a. 717 K., terwijl in het laatste geval (dat de eisch[sse] hier aanwezig oordeelde) de reparatie-kosten, onder aftrek van een derde (nieuw voor oud) overeenkomstig a. 713 K. verschuldigd waren.

„Ik acht die redenering onjuist. Door de a. 713 en 717 K. wordt de actie tot schadevergoeding, voortspruitende uit het verzekeringscontract, niet zoozeer beperkt als men het wil doen voorkomen.

„Volgens a. 246 K. verbindt het assurantie-contract den verzekeraar om den verzekerde schadeloos te stellen, wegens een verlies of schade door een onzeker voorval te lijden, terwijl volgens a. 637 K. bij zee-assurantie onder dat onzeker voorval worden gerekend o. a. alle zee-evenementen. Daaruit spruit iedere actie van den verzekerde tot schadevergoeding voort. Zoo niet, waarop steunt dan de vordering tot betaling van de geheele assurantie-som bij feitelijk totaal vergaan? Geen a. schrijft nog afzonderlijk voor, dat dan volledige vergoeding verschuldigd is. En nu lijdt door de onmogelijkheid van repareren de verzekerde natuurlijk schade voor het geheele bedrag van de waarde van zijn schip, na aftrek van hetgeen het wrak bij verkoop opbrengt, en die schade moet, naar aanleiding van het verzekeringscontract vergoed worden. De a. 713 en 717 doen dan ook niets dan

de schadevergoeding regelen voor twee bijzondere gevallen. Wanneer die bijzondere bepalingen niet in de wet waren opgenomen, zou de schade in die gevallen naar een anderen maatstaf zijn berekend of tot moeijelijkheden hebben aanleiding gegeven. Beide a. bevatten ficties.

„A. 713 gaat van de veronderstelling uit, dat, bij reparatie, de verzekerde met ⅔ der kosten is schadeloos gesteld, daar hij de schadeloosstelling van het andere ⅓ vindt in de verbetering van oud tot nieuw, en a. 717 van de veronderstelling, dat wanneer de geraamde reparatie-kosten meer dan ¾ van de waarde van het schip bedragen, geen verstandig man dergelijke reparatie zal ondernemen, maar het wrak zal te gelde maken.

„Dat de onmogelijkheid om te repareren tot volledige schadeloosstelling, van het provenu, na aftrek moet aanleiding geven, en dus als totaalschade is aan te merken volgt ook nog, indien de aard van het verzekeringscontract het niet van zelf medebragt, uit de bepalingen omtrent het abandonnement in de a. 663 en 664, en uit de bepaling van a. 717 K. Het beginsel van abandonnement is totaalschade, ofschoon, volgens de gevallen, opgenoemd in a. 663 altijd nog eenige waarde overblijft, en uit a. 664 volgt dat, wanneer een schip gestooten hebbende of gestrand zijnde, niet weder vlotgemaakt, hersteld en in staat gebragt kan worden om de reis naar de plaats zijner bestemming te vervolgen (zooals bij onmogelijkheid van herstelling) abandonnement kan plaats hebben.

„Bij polis is nu wel van het regt van abandonnement afstand gedaan, maar dit neemt niet weg het regt van schadevergoeding dat men heeft in de gevallen, waarin de wet abandonnement toelaat, en de gevolgtrekking dat de wetgever onherstelbaarheid met totaalverlies gelijk stelt.

„En wanneer a. 717 K. bepaalt, dat het schip als af-

gekeurd moet beschouwd worden, en de verzekeringssom moet betaald worden als de reparatie-kosten ¾ der waarde van het schip bedragen, dan moet dit *à fortiori* het geval zijn, wanneer het schip in het geheel niet kan gereparoerd worden.

„Maar eigenlijk is het een geheel ijdele strijd die namens de eisch^{sse} ten deze opzigte nog gestreden wordt. Want, ofschoon volhoudende dat buiten het geval van feitelijk totaal verlies, de schadeberekening *alleen* kan plaats hebben naar aanleiding der a. 713—716 of 717 K. heeft zij reeds in appel toegegeven, en geeft thans bij de dagvaarding in cassatie toe, dat met het geval van a. 717 K., dat de reparatie-kosten op meer dan ¾ der waarde van het schip zijn geraamd, gelijk kan gesteld worden het geval van absolute onmogelijkheid van reparatie, omdat, wat in het geheel niet mogelijk is, ook niet voor ¾ der waarde kan geschieden.

„Partijen zijn het er dus over eens, dat het lot van dit proces thans afhangt van wat omtrent die mogelijkheid bij het beklaagde arr. is beslist, en, voor zoover dit niet feitelijk is en in cassatie nog mag onderzocht worden, met juistheid is beslist.

„Daarop heeft betrekking het 2e gedeelte van het *middel.*

„Daarbij wordt geklaagd: *a.* dat met het geval van a. 717 K. door het Hof zou zijn gelijk gesteld het hier aanwezige geval.

„Met deze voorstelling kan ik vrede hebben in zooverre door het Hof is aangenomen, dat het hier aanwezige geval tot hetzelfde resultaat moet leiden als het geval van a. 717, nl. tot betaling van de som waarvoor verzekerd is onder korting van de waarde van het wrak. Trouwens wanneer hier onmogelijkheid van reparatie bestaat, kan de eisch^{sse} daartegen geen bezwaar hebben.

„*b.* dat het feit, dat tot grondslag van de veroordeeling ligt, niet eens door wettige bewijsmiddelen zou zijn gestaafd.

„Hierop antwoord ik, dat als bewijsmiddel van het feit is aangenomen het expertise-rapport, waarvan de geldigheid en bewijskracht tot nu toe *nooit* is betwist, en dus niet voor het eerst in cassatie kan worden tegengesproken, en dat ook voorzeker als volledig bewijsmiddel kan gelden.

„*c*. dat dit feit hierin zou bestaan, dat ter plaatse, waar het schip zich bevond, *tijdelijk* materialen voor de reparatie vereischt niet aanwezig waren, en dat zelfs niet was toegelaten het bewijs der feiten, waaruit de *mogelijkheid* der *onmogelijk* genoemde reparatie zou zijn voortgevloeid.

„Tegen deze voorstelling van de feitelijke beslissing van het Hof moet ik protesteren. *Tijdelijke* afwezigheid veronderstelt de aanwezigheid op andere tijden, die slechts is afgebroken, de *aanwezigheid* als regel. Van *tijdelijke* niet-aanwezigheid van materialen is in de beslissing van het Hof *geen sprake*, wel in het vonnis van de regtb, waarvan de beslissing met die van het Hof zal moeten vergeleken worden tot juiste schatting van de feitelijke beslissing bij het beklaagde arr.

„De regtb. te Amsterdam, beantwoordende de door mij in den aanvang vermelde tweede vraag, die zij zich stelde, nl. of de feitelijke bewering van den toen eischer, dat het schip niet reparabel was, bewezen was, overwoog, dat de eischer (nu verw.) zich beriep op de verklaringen der experten, dat het schip *Alcmaria Victrix*, wegens gebrek aan de noodige materialen, te Curaçao niet kon worden hersteld, en op de verklaring van de agenten der Vereeniging van assuradeuren, dat ook, al waren de materialen aanwezig, het schip toch aldaar niet konde repareren; — dat de gedaagde (nu eisch[sse]) bewijs heeft aangeboden, dat de *Alcmaria Victrix*, na den verkoop te Curaçao behoorlijk is gerepareerd en weder in de vaart gebragt; — dat indien dit bewijs ware geleverd, de vordering des eischers elken feitelijken grondslag zou missen, en dit tegenbewijs te eerder

moet toegelaten worden, omdat onder de onmogelijkheid te repareren niet eene *tijdelijke* onmogelijkheid moet worden verstaan, die, zij het ook met eenige kosten, zou kunnen weggenomen worden.

„De regtb. legde daarom de gedaagde (nu eisch^sse) een getuigenbewijs op.

„En nu ligt het verschil van beschouwing van het Hof en de regtb. niet *hierin*, dat het Hof zou aannemen dat eene slechts *tijdelijke* onmogelijkheid, door geld en moeite te overwinnen, hier voldoende zou zijn, maar *daarin*, dat volgens het Hof (en m. i. teregt) de mogelijkheid of onmogelijkheid niet moest beslist worden *ex post facto*, uit hetgeen later, zonder dat het te voorzien was of voorzien is, was mogelijk geworden, — „dat (8e al. der overw. *in jure*) bij de beoordeeling van de onmogelijkheid der reparatie alleen het *tijdstip* der afkeuring kon in aanmerking komen, en het niets zou afdoen, zoo welligt blijken kon, dat op een *later tijdstip* de, hetzij dan ook volledige herstelling der *Alcmaria Victrix* te Curaçao of elders werkelijk heeft plaats gehad." Daarom vond ook het Hof geen aanleiding tot nader getuigenbewijs.

„En deze beschouwing van het Hof is overeenkomstig de constante en juiste jurisprudentie, dat het beoordeelen der wettigheid van eene afkeuring, naar aan den verkoop van het schip *opgevolgde feiten*, in plaats van de expertise tot maatstaf te nemen, niet wel te rijmen is met de leidende beginselen van zeeregt, volgens welke de gerezen vraagpunten plegen opgelost te worden, niet uit verwijderde, later ontstane middelen, maar door die middelen die aan de partijen actueel ten dienste staan. Men zie de gewijsden, aangehaald in de gedrukte memorie van grieven, bladz. 7.

„Inderdaad een schipper kan zich ook alleen regelen en gedragen naar de feiten en omstandigheden, die de experten tijdens de expertise stellen.

„Dat later misschien is mogelijk geworden, wat tijdens de expertise onmogelijk moest geacht worden, daarvan heeft teregt het Hof het bewijs, als irrelevant, niet toegelaten.

„Wat oordeelt nu het Hof over de mogelijkheid op het *tijdstip* der expertise?

„Volgens het derde lid van de overw. in regten, merkt het Hof op, dat de nu eisch[sse] heeft toegegeven, dat *onmogelijkheid* van reparatie alle denkbeeld van reparatie voor ¾ der waarde uitsluit, en dat dus de gegrondheid van het appel afhangt van de beantwoording der vraag: of er *in casu* van *zoodanige* onmogelijkheid blijkt? Dat is alzoo van eene onmogelijkheid, die alle denkbeeld van reparatie voor ¾ der waarde uitsluit, dus eene *volstrekte* onmogelijkheid. En in het slot van de 6e al. der overw. wordt beslist, dat deze vraag niet in ontkennenden, maar in bevestigenden zin moet worden beantwoord, — zulks, nadat *in facto* is uitgemaakt (5e al.) dat de experten in hun rapport ten stelligste uitspreken, dat te Curaçao *volstrekt* geene geschikte materialen te bekomen waren, dat *daarom* het schip diende afgekeurd te worden en zij den verkoop moesten aanraden. In de volgende, 6e al., zegt het Hof, dat het (niet zooals het middel zegt, *tijdelijk*, maar) op *dat tijdstip* (dus *destijds*, *ten tijde der expertise*) onmogelijk was te doen repareren, en deze beslissing moet men weder in verband beschouwen met het door de regtb. toegelaten bewijs, dat de reparatie *later* wel mogelijk is geweest; — en dat het Hof niet denkt aan eene *tijdelijke*, buitengewone onmogelijkheid, die het te *voorzien* is dat voorbijgaande is, blijkt uit de m. i. zoo juiste beslissing in de 7e al., dat in billijkheid niet van den verzekerde of diens lasthebber kan worden gevergd, dat een beschadigd schip, tot groot nadeel der reederij, gedurende een *onbepaalden* tijd in eene noodhaven blijve liggen, met *onzekere kans*, dat de materialen voor de herstelling

vereischt, *welligt* uit meer of minder verwijderde haven, zouden *kunnen* worden aangevoerd.

„Ik vermeen dus, dat het Hof feitelijk niet aanneemt eene *tijdelijke*, maar eene *op het tijdstip* der expertise *absolute* onmogelijkheid, een niet *tijdelijk* maar *absoluut* niet aanwezig zijn van materialen, en het gedeelte van het middel mist dus, geloof ik, zijn feitelijken grondslag.

„Wat de ongerijmdheid betreft, die, volgens de eisch^sse^ uit het stelsel van het Hof zou voortvloeijen, dat nl. een schip als totaal verloren zou moeten worden aangemerkt, ook bij de nietigste schade en ofschoon de vereischte materialen te bekomen zijn in de onmiddellijke nabijheid van de plaats, waar het schip is binnengeloopen, mits zij maar op het oogenblik der raming niet ter plaatse zelve, waar het schip zich bevindt, aanwezig zijn, merk ik op, dat er in zoodanig geval wel geen expert zal bestaan, die ter goeder trouw zal verklaren, zooals volgens de feitelijke beslissing van het Hof *in casu* geschiedde, dat de materialen daar ter plaatse *volstrekt niet te bekomen zijn*, dat in ieder geval het oordeel over die mindere of meerdere mogelijkheid uit den aard der zaak bijna altijd aan de kennis en de eerlijkheid van de experten zal moeten worden overgelaten.

„Na deze beschouwing acht ik het niet noodzakelijk in bijzonderheden verder aan te toonen, dat geene der aangehaalde a. zijn geschonden of verkeerd toegepast, maar vermeen te moeten concluderen tot verwerping der voorziening met veroordeeling van de eisch^sse^ in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig middel van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 246, 637, 664, 713, 714, 715, 716 en 717 K., de a. 1902 en 1903 B.-W. en a. 1 K., door het schip *Alcmaria Victrix* als afgekeurd te beschouwen en de eisch^sse^ te veroordeelen

tot het geven van schadevergoeding op den grondslag van a. 717 K., zonder dat geposeerd of bewezen is, dat de reparatie-kosten meer dan drie vierden der waarde zouden bedragen, maar terwijl integendeel feitelijk vaststaat, dat die reparatie-kosten bij eene scheepswaarde van *f* 24000 op *f* 12500, en dus verre onder die drie vierden, geraamd zijn, en door met dit geval gelijk te stellen het niet eens door wettige bewijsmiddelen gestaafde feit, dat ter plaatse, waar het schip zich bevond, tijdelijk materialen, voor de reparatie vereischt, niet aanwezig waren, zonder zelfs het bewijs van feiten toetelaten, waaruit de mogelijkheid der onmogelijk genoemde reparatie zoude zijn voortgevloeid;

„O., dat dit *middel* is tweeledig, vermits in de eerste plaats de schending der a. 246, 637, 664, 713—717 K. wordt beweerd, omdat het gemelde schip bij het bestreden arr. zoude zijn beschouwd als afgekeurd, en de eisch[sse] tot schadevergoeding is veroordeeld op den grondslag van a. 717, niettegenstaande het geval van dat a. niet aanwezig was, en met dit geval gelijk te stellen het feit, dat ter plaatse, waar het schip zich bevond, tijdelijk materialen voor de reparatie vereischt niet aanwezig waren; en in de tweede plaats: schending van de a. 1902 en 1903 B.-W. en a. 1 K., door laatstgemeld feit als bewezen aan te nemen, zonder wettige bewijsmiddelen en zonder zelfs het bewijs van feiten toe te laten, waaruit de mogelijkheid der onmogelijk genoemde reparatiën zoude zijn voortgevloeid;

„O., ten aanzien van het eerste gedeelte van het *middel*, en wel in de eerste plaats omtrent den feitelijken grondslag daarvan, dat daarbij ten onregte door de eischende vennootschap wordt beweerd, dat bij het bestreden arr. zoude zijn beslist: „dat ter plaatse, waar het schip zich bevond, *tijdelijk* „materialen voor de reparatie vereischt, niet aanwezig waren", daar bij het arr. alleen is beslist, dat op den tijd, toen de reparatiën hadden moeten plaats hebben, *volstrekt* geene

geschikte materialen te bekomen waren, zonder iets te beslissen omtrent de aanwezigheid van dergelijke materialen op andere tijden;

„O., ten aanzien van de regtsbewering van het eerste gedeelte van het *middel*, dat die uitgaat van de stelling, dat bij verzekering op schepen, buiten het geval van geheel vergaan van het schip, alleen schadevergoeding zoude verschuldigd zijn voor reparatiën volgens a. 713 en in geval de kosten der reparatiën drie vierden van de waarde van het schip mogten overtreffen, volgens a. 717 K.;

„O., dat die stelling echter is onjuist;

„O. toch, dat onze wet, hoezeer zij de vordering des verzekerden, in geval van aan het verzekerde schip overkomen schade, bij a. 713 en v. K. in de bijzonderheden regelt, echter omtrent de aan den verzekerde toekomende vordering, in geval het verzekerde schip geheel mogt zijn vergaan, geene bepaling bevat; dat hieruit niet volgt, dat de verzekerde in dat geval geene vordering zoude hebben, maar wel, dat de vordering, die hem in dat geval toekomt, geregeld wordt door de algemeene beginselen, die de uit de overeenkomst van verzekering voortspruitende verbindtenissen regelen;

„O., dat volgens die beginselen aan den verzekerde, ingeval het verzekerde belang door een der gevaren, waartegen verzekerd is, geheel mogt te niet gaan, geheele vergoeding der geledene schade tot op het beloop der som, waarvoor verzekerd is, toekomt, en zulks niet alleen in het geval, waarin het verzekerde feitelijk geheel mogt zijn vergaan, maar ook dan, wanneer het in zoodanigen toestand mogt zijn gebragt, dat de verzekerde er geen gebruik meer van maken kan en het dus geacht moet worden voor hem niet meer te bestaan;

„O., dat zoodanig geval zich in deze voordoet; dat toch bij het bestreden arr. feitelijk is beslist, dat het schip des

verzekerden beschadigd en lek te Curaçao is binnen geloopen en dat er aldaar „volstrekt geene geschikte materialen te bekomen waren" om het te repareren, zoodat er op dat tijdstip onmogelijkheid bestond om het schip te repareren en de reis voort te zetten;

„O., dat het Hof mitsdien, door te beslissen, dat het schip daarom als afgekeurd moest worden beschouwd en aan den verw. deswegens als schadevergoeding de volle getaxeerde waarde van het schip, na aftrek van de opbrengst van het verkochte wrak, toe te kennen, geen der aangehaalde a. heeft geschonden;

„O., ten aanzien van het tweede gedeelte van het *middel:* dat als bewijsmiddel door het Hof is aangenomen het verslag der deskundigen, waarvan de geldigheid en bewijskracht door geene der partijen in de vorige instantiën is betwist en dus ook *in cassatie* niet betwist kan worden, en dat het Hof mede teregt heeft beslist dat voor de beoordeeling van de al of niet mogelijkheid der reparatiën alleen het tijdstip van het verslag kan in aanmerking komen, omdat de schipper alsdan moet beslissen wat hem te doen staat, zoodat het niets zoude afdoen, al mogt het blijken, dat de onmogelijkheid der reparatie op een later tijdstip had opgehouden te bestaan, en daarom mede teregt de door de regtb. bevolen bewijslevering, dat het schip later is gerepareerd, als niet ter zake dienende, heeft afgewezen;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eisch^sse in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1635. — Arrest van 10 April 1879.

(Art. 624 en 1401 B.-W.)

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat het bezit van een stuk grond, zelfs ter

kwader trouw, op zich zelf geen *onregtmatige daad, maar een regtstoestand is, welke onder anderen het gevolg heeft dat de bezitter bij voorraad en tot het tijdstip der geregtelijke opvordering als eigenaar wordt aangemerkt?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Als eenig *cassatie-middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 585, 588, 605, 625, 634 en 1401 B.-W., omdat het Hof heeft beslist dat het bezit ter kwader trouw van eens anders goed niet is eene onregtmatige daad in den zin van a. 1401 B.-W., en de eigenaar den *mala fide possessor* deswege niet tot schadevergoeding kan aanspreken, indien hij niet tevens zijn eigendom revindiceert.

„De eischer had den verw. aangesproken tot schadevergoeding, als zullende deze ten zijnen aanzien hebben gepleegd eene onregtmatige daad in den zin van a. 1401 B.-W., doch is bij het beklaagde arr. in zijne vordering niet-ontvankelijk verklaard. Bij pleidooi is de beslissing van het Hof bestreden met de bewering, dat *in casu* dezelfde omstandigheden den eischer tweeërlei actiën tegen den verw. gaven, waaruit hij de keuze had, namelijk eene revindicatie en eene actie tot vergoeding van de schade door eene onregtmatige daad toegebragt, dat onze wetgeving den *concursus actionum* niet buitensluit, en hij dus, eene der hem competerende vorderingen gekozen hebbende, niet mogt worden afgewezen, omdat hij nog eene andere had.

„Dat er volgens ons regt een *concursus actionum* kan bestaan, dat het kan gebeuren dat dezelfde omstandigheden eene actie uit een contract en eene actie uit onregtmatige daad, eene zakelijke en eene persoonlijke vordering kunnen doen geboren worden, waaruit men dan de keus heeft, geef ik volkomen toe. Ik vereenig mij geheel met hetgeen daar-

omtrent voor weinige weken gezegd is in de conclusie door den Proc.-G. mr. Römer genomen in zake K. c^a D. (zie het arr. van 21 Mrt. 1879, blz. 97 hiervoren) en verwijs verder naar de conclusie van mr. G. A. G. van Maanen, bij v. d. Hon., *B.-R.*, V, 244 en die van mr. Gregory, *Weekbl.* n° 1998). (v. d. Hon., *G.-Z.* VII, 141 en volg.; *B.-R.*, XXII, 334.)

„Trouwens de bepaling van a. 130 B.-R., dat men niet te gelijker tijd ten possessoire en ten petitoire mag ageren, duidt dit reeds aan; want cumulatie is ondenkbaar als er geen *concursus* bestaat.

„Maar het Hof heeft ook niet ontkend dat er zamenloop van vorderingen kan bestaan, maar de beslissing van het a. is, dat de posita van den eischer niet kunnen doen denken aan eene onregtmatige daad.

„En m. i. teregt, want wat is de grondslag der vordering? Er is hier volstrekt geen sprake van eene gewelddadige berooving van het bezit, in welk geval a. 624 j° 1401 B.-W. misschien tot eene actie als hier is ingesteld aanleiding zoude kunnen geven; er is zelfs geen sprake van het in bezit nemen van een stuk grond, maar slechts (zie 1^e overw. *in jure* van het arr.) hiervan, dat de verw. een stukje grond dat bij eene scheiding en deeling (waarbij ook de verw. partij zou zijn geweest) in 1852 aan den eischer zou toebedeeld zijn, sedert dien tijd in zijn bezit zou hebben gehouden, het zou hebben gebruikt, bemest en beakkerd.

„Nu vordert men dit stuk grond niet op, maar noemt dit in bezit hebben, gebruiken, bemesten en beakkeren eene onregtmatige daad en eischt schadevergoeding. Het bezitten van een stuk grond, zelfs ter kwader trouw, is op zich zelf geen onregtmatige daad, maar een regtstoestand, welke onder anderen het gevolg heeft dat de bezitter bij voorraad en tot het tijdstip der geregtelijke opvordering (welk tijdstip zooals wij zagen nog niet is aangebroken) als eigenaar wordt aange-

merkt (a. 604, 1°, en 605, 1°), en wanneer een bezitter van een stuk grond dat gebruikt, bemest en beakkert, doet hij niets anders dan van de regten gebruik maken, die de wet hem geeft (a. 604, 3° en 605, 2°), welke regten worden gewaarborgd tegen dengeen die hem daarin zou willen verhinderen, zelfs tegen den eigenaar door vorderingen tot handhaving of herstelling in het bezit, hem uitdrukkelijk toegestaan bij de a. 604, 4° en 605, 3° B.-W.

„De beslissing van het Hof acht ik dus juist en het *middel* ongegrond en ik heb daarom de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.,

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 585, 588, 605, 625, 634 en 1401, alle B.-W., omdat het Hof heeft beslist, dat het bezit te kwader trouw van eens anders goed niet is eene onregtmatige daad in den zin van a. 1401 B.-W. en de eigenaar den *mala fide possessor* deswege niet tot schadevergoeding kan aanspreken, indien hij niet tevens zijn eigendom revindiceert;

„O., dat volgens het beklaagde arr. de ingestelde vordering is eene vordering tot schadevergoeding wegens onregtmatige daad, volgens het bij dagvaarding beweerde, hierop berustende, dat de oorspronkelijke gedaagde, wetende dat het bij die dagvaarding omschreven stuk bouwland aan den oorspronkelijken eischer in eigendom toebehoort, dat land sedert 26 Julij 1852 zal hebben bezeten, en dus daarvan sedert dat tijdstip zal geweest zijn bezitter te kwader trouw; — en het Hof den eischer in die vordering heeft verklaard niet-ontvankelijk, op grond, dat een bezitter ter kwader trouw ter zake van dat bezit door den eigenaar niet kan worden aangesproken tot schadevergoeding, zonder dat de zaak, die hij bezit, is of wordt teruggevorderd;

„O., omtrent die beslissing, dat volgens a. 605, 1°, B.-W. in verband met a. 604, 1°, het bezit te kwader trouw niet minder dan het bezit te goeder trouw aan den bezitter het regt geeft om bij voorraad en tot op het tijdstip der geregtelijke terugvordering te worden aangemerkt als eigenaar, en dat het Hof daaruit en uit de verdere bij a. 605 aan den bezitter te kwader trouw toegekende regten met juistheid heeft afgeleid, dat, indien de oorspronkelijke verw. het quaestieuse land als bezitter te kwader trouw onder zich heeft gehouden, bemest en beakkerd, hij — nu dat land niet van hem was of werd teruggevorderd — niets anders heeft gedaan dan van zijn regt gebruik gemaakt en mitsdien geene onregtmatige daad heeft gepleegd;

„O., dat hiertegen niet kan worden ingebragt, dat de wet, kennelijk op grond dat de bezitter te kwader trouw zich wederregtelijk in het bezit van eens anders goed heeft gesteld, hem bij a. 634 B.-W. noodzaakt, niet alleen de genotene vruchten terug te geven, maar zelfs de zoodanige die de eigenaar had kunnen genieten, en voorts aan dezen alle kosten, schaden en interessen te vergoeden, daar toch voormeld a. deze verpligtingen met die tot teruggave van het goed bij opvordering van eigendom, krachtens a. 629 B.-W. verbindt, en in overeenstemming daarmede a. 605, 1°, op het tijdstip dier opvordering het vermoeden doet vervallen naar hetwelk de bezitter te kwader trouw regt heeft dat tot zoolang het al of niet regtmatige van zijne handelingen ten opzigte van de bezeten zaak zal worden beoordeeld;

„O., dat de uitgesproken niet-ontvankelijkheid berust op den eenigen grond, dat de bij de dagvaarding gestelde feiten en omstandigheden niet opleveren eene onregtmatige daad, en derhalve het beweren van den eischer van cassatie, als zoude het Hof, hoezeer van oordeel, dat hem zoowel de vordering uit a. 1401 wegens onregtmatige daad als de revindicatie kunnen toekomen, met miskenning van zijn regt van

keuze bij den zamenloop van die beide actiën, hem uitsluitend tot het instellen der revindicatie geregtigd hebben geacht, berust op eene verkeerde voorstelling der gegeven beslissing;

„O., dat alzoo het voorgestelde *middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1636. — Arrest van 18 April 1879.

(A. 1586, n° 3, B.-W.)

Moet des eischers vordering tot ontbinding van het contract met schadevergoeding hem worden toegewezen? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De eischer vordert de ontbonden-verklaring wegens wanpraestatie van eene overeenkomst, van huur en verhuur van rijswaard en andere oppervlakten tusschen en ter weerszijde van de rijkskribben, tegen de beide oevers van den Bovenrijn, enz.

„Hij stelt namelijk dat, nadat hij de bedoelde perceelen van den Staat had gepacht, hij gedurig in het genot van het gepachte is gestoord door personen, die beweerden eigenaars van het door hem gepachte te zijn, hetgeen aanleiding heeft gegeven tot procedures tusschen den Staat en die personen, waarbij de Staat in het ongelijk is gesteld, zoodat de gedaagde in de onmogelijkheid is hem het genot van het verpachte te verschaffen.

„Namens den Staat worden deze feiten erkend, maar beweerd dat derhalve „*rebus ipsis et factis*" het pachtcontract vervallen is, en er alleen quaestie kan zijn van schadevergoeding, en is voorts geconcludeerd dat de H.-R. zal verklaren

dat bij wederzijdsch goedvinden het ten processe bedoelde pachtcontract is vervallen of ontbonden, en zal bevelen, dat partijen op de gevorderde schadevergoeding zullen voortprocederen, met reserve van kosten tot aan de eind-uitspraak.

„Teregt wordt hiertegen m. i. door den eischer aangevoerd dat een vervallen van het pachtcontract „*rebus ipsis et factis*," gelijk de gedaagde aanneemt, niet op de wet is gegrond, daar zoodanige vervalling van regtswege alleen bekend is in het geval van a. 1589 B.-W., welk geval zich hier niet heeft voorgedaan, en dat volgens a. 1302, al. 2, B.-W., eene wederkeerige overeenkomst, in het geval dat een der partijen niet aan hare verpligting voldoet, juist niet van regtswege is ontbonden, maar de ontbinding in regten moet worden gevraagd; dat van een voortprocederen op de gevorderde schadevergoeding geen sprake kan zijn, voor dat bij eind-uitspraak de gedaagde tot schadevergoeding is veroordeeld, en dat evenmin sprake kan zijn van eene reserve van kosten tot aan de eind-uitspraak, daar het arr., waarbij de ontbinding en de veroordeeling tot schadevergoeding wordt uitgesproken, een eind-arr. is, en het onzeker is of daarna 's regters tusschenkomst nogmaals noodig zal zijn.

„Wel is waar hadden voorzeker kosten kunnen voorkomen worden, indien partijen hadden kunnen goedvinden in der minne overeen te komen, dat het pachtcontract als ontbonden of vervallen zou beschouwd worden, maar het blijkt niet dat dit vóór de beteekening der dagvaarding heeft plaats gehad, en de eischer was dus geregtigd de vordering in te stellen, gelijk hij die heeft ingesteld, en nu dit is geschied, hoewel de gedaagde de gegrondheid dier vordering niet ontkent, daarop, ook met het oog op de kosten, eene beslissing van den regter te vragen.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot toewijzing van den eisch, gelijk die is ingesteld, met veroordeeling van den gedaagde in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

"O., wat de daadzaken betreft, dat blijkens een geregistreerd proces-verbaal van openbare verpachting op 15 Oct. 1874 voor den notaris R. A. H. COURBOIS, te Nijmegen verleden, de eischer van het domeinbestuur, voor den tijd van 20 jaar, ingegaan na de gunning, heeft gepacht de navolgende drie perceelen: 1° het toenmalige achtste perceel, zijnde de oppervlakte boven, tusschen en beneden de drie rijkskribben 1, 2 en 3 aan den regteroever van het Pannerdensche kanaal, aan de Strangsche weide;

"2° het toenmalige derde perceel, zijnde de oppervlakte tusschen de vier rijkskribben, gemerkt 1, 2, 3 en 4 aan den regteroever van den Bovenrijn aan het Benedenspijk;

"3° het toenmalige vierde perceel, zijnde de oppervlakte tusschen en beneden de benedenste der in het vorige perceel genoemde kribben en de vier daaraanvolgende gemerkt 5, 6, 7 en 8 aan den regteroever van den Bovenrijn aan het Benedenspijk; zijnde de drie genoemde perceelen voorts gesitueerd, begrensd en groot, zooals zulks in de meergemelde acte van openbare verpachting in het breede is omschreven;

"O., dat verder tusschen partijen *in confesso* zijn de navolgende daadzaken:

"dat de eischer de bedongen pachtsommen, zijnde voor het eerstgemelde perceel *f* 160 en voor ieder der twee andere perceelen *f* 55 's jaars heeft betaald;

"dat de eischer niettemin gestoord is geworden in het genot van het gepachte;

"dat namelijk, wat het eerstgemelde perceel (n° 8) betreft, reeds op 24 Dec. 1874, nadat op 18 Dec. te voren de grenzen van het perceel namens het domeinbestuur waren aangewezen, — een waardsman van den oevereigenaar Jhr. F. X. J. v. N. v. P., zeggende te handelen op last van dezen zijnen meester, waardhout op het evengenoemde door den eischer gepachte perceel liet snijden; dat op 28 Dec. daar-

aanvolgende ditzelfde plaats had, zelfs met opgeslagen hout;

„dat gemelde waardsman aan de arbeiders van den eischer verbod heeft gedaan aldaar met het snijden voort te gaan, en die arbeiders van het perceel zijn verdreven;

„dat de eischer het domeinbestuur van deze door hem ondervonden stoornis in het genot van het gepachte heeft kennis gegeven bij deurwaarders-exploit van 6 Jan 1875, met sommatie om den eischer in dat genot te handhaven, welke sommatie echter zonder gunstig gevolg is gebleven;

„dat Jhr. v. N. v. P. op 13 Dec. 1875 zijne arbeiders andermaal op het gepachte perceel heeft gezonden, aldaar het waardhout heeft doen kappen en het gekapte tot zich heeft genomen, welke nieuwe feiten namens den eischer zijn kenbaar gemaakt aan het domeinbestuur bij deurwaarders-exploit van 30 Dec. 1875;

„dat inmiddels, en wel op 13 Dec. 1875, door meergemelden Jhr. v. N. v. P. tegen den nu eischer een regtsgeding voor de arr.-regtb. te Arnhem was aangevangen wegens stoornis in het bezit van het perceel in quaestie, in welk geding de toen gedaagde, nu eischer, het domeinbestuur tot vrijwaring heeft opgeroepen, met dat gevolg, dat bij vonnis der gemelde regtb. van 30 Apr. 1877, het domeinbestuur is gelast de zaak van den tegenwoordigen eischer (destijds oorspronkelijk gedaagde en eischer in vrijwaring) over te nemen, en laatstgemelde buiten het proces is gesteld, waarna de regtb., bij hare uitspraak van 8 Nov. 1877, Jhr. v. N. v. P. in het bezit heeft gehandhaafd, met verbod aan den nu eischer om hem in dat bezit te storen, en met veroordeeling van het domeinbestuur tot schadevergoeding en in de kosten, welke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan; en met betrekking tot de stoornis, welke de eischer heeft ondervonden in het genot van de twee andere door hem gepachte perceelen: dat, nadat de grenzen van die perceelen, op 18 Dec. 1874, namens het domeinbestuur waren aangewezen, C. J. N. P., te Lobith,

den eischer heeft verhinderd het waardhout binnen de grenzen van het perceel 4 te snijden; dat deze P., bewerende eigenaar te zijn van grond en van hout, door zijne arbeiders dat snijden gewelddadig heeft doen keeren, het reeds door den eischer gesneden hout doen wegvoeren en het nog op stam staande hout doen snijden, welke feiten bij deurwaarders-exploit van 6 Jan. 1875 aan het domeinbestuur zijn kenbaar gemaakt;

„dat de eischer aan het voornemen, dat hij reeds destijds had, om eene actie tot ontbinding der pachtovereenkomst in te stellen, geen gevolg heeft gegeven, op verzoek van het domeinbestuur, hetwelk eene revindicatoire vordering tegen de twee reeds genoemde oever-eigenaren, Jhr. v. N. v. P. en P., wenschte te doen en inmiddels de door den eischer voorgenomene actie te zien opschorten;

„dat dan ook werkelijk het domeinbestuur de meergemelde oever-eigenaren respectievelijk voor de arr.-regtb. te Arnhem heeft doen dagvaarden, om ten gemeenen koste met den Staat de wederzijdsche aan elkander grenzende eigendommen op de door het bestuur aangeduide plaats af te scheiden, doch zulks met dit gevolg, dat de eisch tegen Jhr. v. N. v. P. in hooger beroep door het Geregtshof te Arnhem is onzegd, en eene voorziening in cassatie daartegen bij arr. van den H.-R. van 8 Febr. 1878 (v. D. HON., *B.-R.* XLIII, 48) is verworpen, terwijl het domeinbestuur in den eisch tegen P. bij arr. van hetzelfde Geregthof van 20 Febr. 1878 is niet-ontvankelijk verklaard, welke uitspraak door berusting daarin, in kracht van gewijsde is gegaan;

„O., dat de eischer op de voorgaande allen buiten geschil zijnde daadzaken, heeft gebouwd eene vordering tot het ontbonden verklaren van het hiervoren gemelde pachtcontract, met veroordeeling van den gedaagde tot schadevergoeding, uit hoofde zijner wanpraestatie als verpachter c. e.;

„O., dat de gedaagde, de door den eischer gestelde daadzaken niet betwistende, tot tegenspraak tegen den eisch bij

zijn conclusie van antwoord heeft aangevoerd, dat uit die feiten zelve zouden blijken, dat in deze niet geleverd kon worden wat verpacht was, en derhalve het pachtcontract *rebus ipsis et factis* vervallen was, zoodat er alleen quaestie kon zijn van schadevergoeding; dat de gedaagde zijne gehoudenheid daartoe niet ontkende, en dat daarover dan ook reeds was onderhandeld, maar het door den eischer gevraagde quantum door den gedaagde te hoog werd geoordeeld, zoodat de tusschenkomst van den H.-R. alléén tot de regeling dier schade noodig was, op grond van welk een en ander de gedaagde heeft geconcludeerd, dat het ten processe bedoelde pachtcontract zal worden verklaard, bij wederzijdsch goedvinden te zijn vervallen of ontbonden, met bevel dat partijen op de gevorderde schadevergoeding zullen voortprocederen en met reserve der kosten tot aan de eind-uitspraak;

»O., dat de eischer hierop heeft gerepliceerd, dat de bewering van den gedaagde, dat de overeenkomst van regtswege zoude zijn ontbonden, in strijd was met de wet; dat het domeinbestuur zelf de overeenkomst niet als ontbonden heeft beschouwd, daar het, hangende deze procedure, en wel op 4 Dec. 1878, nog pachtpenningen heeft aangenomen; dat *in casu* niet blijkt van een vervallen der overeenkomst bij wederzijdsch goedvinden; dat over de gevorderde schadevergoeding niet kan worden geprocedeerd, zoolang niet de gedaagde bij eind-uitspraak tot schadevergoeding is veroordeeld, en eindelijk dat geen reserve van kosten te pas komt, daar het arr. zal zijn eene eind-uitspraak;

»O., dat de gedaagde bij dupliek heeft opgemerkt, dat hier, waar de ééne partij vraagt ontbinding, en de andere het contract vervallen beschouwt, eene verklaring van den regter dat het contract vervallen is, onnoodig is; dat hier nog geene der partijen in het ongelijk is gesteld; voorts dat bij de berekening der schadevergoeding in het debet van den gedaagde moeten gebragt worden de pachtsommen, die door den

eischer zijn betaald; eindelijk dat de onderhandelingen over de schadevergoeding zijn geschorst, doordien het ijs en de hooge rivierstand het doen der vereischte opnemingen hebben belemmerd;

„O. ten aanzien van het regt, dat de gedaagde ter voldoening aan het voormelde met den eischer aangegane contract, ingevolge a. 1586, n° 3, B.-W., als verhuurder verpligt is geweest den eischer als huurder het rustig genot van het verhuurde te doen hebben; dat de gedaagde die verpligting niet heeft vervuld, en na in-gebreke-stelling daarin nalatig is gebleven;

„O., dat de eischer uit dien hoofde, uit kracht van a. 1303 j° a. 1302 van datzelfde Wetb., het regt heeft de ontbinding der overeenkomst, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, te vorderen;

„O., dat nu wel de gedaagde heeft beweerd, dat ten deze van de ontbinding der overeenkomst geen sprake kan zijn, omdat het gepachte niet konde geleverd worden, en het pachtcontract dus metterdaad vervallen, althans door de zamenstemming van de beide partijen was ontbonden;

„O., dat deze beweringen van den gedaagde echter niet juist zijn;

„O. toch eensdeels, dat de omstandigheid, dat ten gevolge van regten, welke derden op de verpachte perceelen hebben doen gelden, de eischer het genot daarvan niet konde hebben, niet wegneemt dat de gedaagde door de verpachting van zoodanige perceelen eene wanpraestatie, bedoeld bij het reeds gemelde a. 1303 B.-W., jegens den eischer heeft begaan, en anderdeels de erkentenis bij de conclusie van den gedaagde van de feiten, waarop de eisch is gegrond, wel ten gevolge heeft dat een nader onderzoek aangaande de wanpraestatie van den gedaagde is onnoodig geworden, maar niet dat daardoor een te nietgaan van de overeenkomst bij wederzijdsch goedvinden zoude zijn in de plaats getreden van eene ontbinding

ten gevolge van wanpraestatie, als welke alleen, en niet het te niet gaan van regtswege of bij wederzijdsch goedvinden, tot grondslag blijft strekken van de daarop uit te spreken veroordeeling van den gedaagde tot de door die wanpraestatie veroorzaakte schade;

„O., dat dus de vordering van den eischer dienaangaande, gelijk zij is gedaan, aan hem behoort te worden toegewezen;

„O., eindelijk wat de kosten betreft, dat indien de gedaagde bepaalde aanbieding had gedaan van de geldelijke praestatiën, waartoe hij tot schadevergoeding gehouden is, en die aanbieding voldoende was bevonden, het de vraag zoude kunnen zijn, of de eischer dit geding wel had behoeven te voeren; dat dit echter het geval niet is geweest, daar de gedaagde wel beweert, dat de onderhandeling over het quantum der schadevergoeding door omstandigheden, buiten zijn toedoen, vertraging heeft ondervonden, maar niet bewijst, zelfs niet poseert, dat hij niet voor den aanvang van het tegenwoordig geding tot het aanbod van eene voldoende som tot schadevergoeding in staat geweest is; zoodat dit proces door het toedoen van den gedaagde is noodig geworden, die derhalve in de kosten daarvan, althans tot dusverre, moet worden verwezen;

„Gezien, behalve de reeds aangehaalde bepalingen der wet, a. 56 B.-R.

„Verklaart ontbonden ten behoeve van den eischer de ten processe bedoelde overeenkomst van huur en verhuur, 15 Oct. 1874 tusschen partijen gesloten, betreffende de hiervoren breeder vermelde perceelen 8, 3 en 4 van de op dien dag in het openbaar verpachte rijswaard en andere oppervlakten tusschen- en ter weerszijden van de rijkskribben tegen de beide oevers van den Bovenrijn, het Pannerdensche kanaal, den Nederrijn en de Waal onder Lobith en Spijk, Pannerden en andere gemeenten;

„Veroordeelt den gedaagde om aan den eischer te vergoe-

den alle kosten, schade en interessen door hem reeds geleden of nog te lijden ten gevolge van de wanpraestatie van den gedaagde, als verpachter van de bedoelde perceelen;

„Veroordeelt den gedaagde in de kosten van het geding."

N° 1637. — Arrest van 25 April 1879.

(A. 1307, B.-W.)

Moet door gestelde zekerheid *in a.* 1307 *B.-W. worden verstaan een behalve de hoofdverbindtenis, waarvoor het algemeen onderpand bij a.* 1177 *en* 1178 *B.-W. aan den schuldeischer is toegekend, uitdrukkelijk gestipuleerd accessoir beding, waardoor de schuldeischer een zelfstandig middel verkrijgt om eventuële schade te kunnen voorkomen?* — JA.

Is de beslissing, dat de schuldbrieven, die de titels van den appellant, thans eischer in cassatie, vormen, geene gestelde zekerheid inhouden, geheel van feitelijken aard? — JA.

De Proc.-G. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In de tweede overw. van het beklaagde arr., waarin het Hof den stand van het geding in appel bepaalt en ten opzigte der feiten verwijst naar het vonnis in eerste instantie gewezen, wordt overwogen, dat voor de beslissing in appel vaststaat, dat de grond der vordering is genomen door de verwijzing naar de wetsbepaling van a. 1307 B.-W., houdende, dat de schuldenaar het voorregt eener bij de schuldverbindtenis gevoegde *tijdsbepaling* niet meer kan inroepen, wanneer hij door *zijn toedoen* de door hem ten behoeve van den schuldeischer *gestelde zekerheid* heeft verminderd, hetgeen door de handelingen van de hypotheekbank zoude zijn geschied.

„Op dezelfde wijze kan het standpunt van dit geding in cassatie worden bepaald.

„Ik acht het toch onnoodig in bijzonderheden aan te wijzen,

dat de meeste a. in het *middel* aangehaald, noch geschonden, noch verkeerd toegepast kunnen zijn; zij zijn bij het arr. aangevoerd om te bepalen wat de wetgever in het algemeen onder de uitdrukking: *zekerheid stellen* verstaat; over de uitlegging dier a. bestaat thans geen strijd; de eischer beweert slechts, dat zij niet kunnen gebezigd worden om den zin van a. 1307 te bepalen.

„Volgens den eischer in cassatie beteekenen de woorden *gestelde zekerheid* in dit a. de *conventionnele* zekerheden, welke door de eene partij aan de andere zijn gestipuleerd; volgens den verw. kunnen daaronder slechts begrepen zijn *pand*, *borgtogt* of *hypotheek*. Beide stelsels, welke bij de pleidooijen uitnemend zijn ontwikkeld, zijn kort zamen gevat in de 11e en 12e overw. *quoad jus* in het beklaagde arr.

„Het Hof zegt: dat in het vonnis *a quo* de stelling wordt gehuldigd, dat *pand*, *borgtogt* en *hypotheek* de middelen van zekerheid zijn, waarmede de schuldeischer genoegen *moet* nemen, maar dat ook *andere* middelen aangeboden en aangenomen *kunnen* worden; dat het Hof echter die regtsleer niet kan deelen, omdat het niet geldt de vraag welke de *bron* is der zekerheid, nl. de *wet*, een *vonnis* of de *overeenkomst*, maar welke *soorten* van *genoegdoening* voor schadeverhaal kunnen erkend worden als *zekerheid* te verstrekken, wanneer de algemeene waarborgen voor het nakomen der verbindtenis te loor gaan.

„Ofschoon nu de wetgever in a. 1807 voornoemd m. i. vooral het oog heeft gehad op de zekerheden, welke gewoonlijk als zoodanig worden erkend en gebezigd (zie Larombière, *Théorie*, I, p. 504, n° 10), geloof ik echter, dat dit den schuldeischer niet belet om ter verzekering dat de schuldenaar op den bepaalden termijn aan zijne verpligting zal voldoen, en als voorwaarde, waarop de termijn wordt verleend, zich de eene of andere zekerheid, buiten pand, hypotheek of borgtogt te bedingen, en dat, indien door toedoen van den

schuldenaar zoodanige zekerheid verminderde, eene vordering tot dadelijke betaling ontvankelijk zoude zijn.

„Maar dan moet zoodanige zekerheid, hetzij als voorwaarde, waaronder de termijn wordt bepaald, hetzij als accessoir van de overeenkomst uitdrukkelijk worden gestipuleerd; het doel van den schuldeischer om zich niet te verlaten op de solvabiliteit van den schuldenaar op het tijdstip waarop de betaling moet geschieden, moet blijken. Er moet zijn *gestelde* zekerheid, *sureté donnée*, en het zal m. i. steeds zijn eene *quaestio facti* of zoodanige zekerheid is gestipuleerd, en of de omstandigheden, die haar moeten opleveren, *door toedoen* van den schuldenaar, zoo zeer zijn veranderd, dat de regter oordeelt, dat daardoor het uitzigt, dat de schuld op den bepaalden tijd zal worden betaald, is verminderd. Bij de pleidooi is reeds gewezen, naar de uitleggers op a. 1188 *C.-N.*, waaraan a. 1307 is ontleend; ik verwijs vooral naar LAROMBIÈRE, *Théorie des obligations*, I, p. 504; MOURLON, op a. 1188; POTHIER, *Oblig.*, éd. Brux., I, n° 234; DEMOLOMBE, d. XII, n° 671.

„Maar al kon nu worden aangenomen, dat a. 1307 bij het arr. te beperkt is opgevat, dan is daardoor m. i. het *middel* van cassatie nog niet gewettigd. De req. is van oordeel, dat de wetsbepaling is geschonden, door de beslissing „dat de verpligtingen, die de hypotheekbank zou hebben aan„genomen te vervullen, en waarin zij zou zijn te kort geko„men, en die tot het zamenstel der verpligtingen voor gere„geld beheer der bank behooren, niet kunnen zijn begrepen „onder de door de bank ten behoeve van den eischer ge„stelde zekerheid in den zin van a. 1307 voormeld, *omdat „geen dier verpligtingen aan den eischer een zelfstandig middel „zou aan de hand geven, om mogelijke schade te verhalen.*"

„Die beslissing wordt door het Hof gegeven in de 13° overw. *quoad jus*; zij is gedeeltelijk *feitelijk*, en voorzoover zij geacht kan worden eene beslissing *in jure* te zijn, wordt

a. 1307 door haar, naar mijne beschouwing, niet geschonden.

„De beslissing in die overw. gegeven, dat de schuldbrieven, die de titels van den appellant, thans eischer in cassatie, vormen, geene *gestelde* zekerheid inhouden, is zeker feitelijk, als berustende op den inhoud dier schuldbekentenissen. Maar evenzeer is de beslissing, waarop bij het *middel* wordt gedoeld, m. i. feitelijk, want zij betreft den aard der verpligtingen, welke de Bank op zich heeft genomen, en waarbij volgens het Hof geen bepaald middel tot zekerheid aan den schuldeischer is gegeven.

„En wat nu het Hof hiermede bedoelt, wordt duidelijk door het slot der overw., welke de regtsbeschouwing inhoudt, en waarin wordt overwogen: „dat a. 1307 niet zoo kan „worden uitgelegd en uitgebreid, dat bij *overtreding van* „*eenige voorwaarde*, waaronder de schuldverbindtenis met tijds„bepaling is uitgegeven, die schuldbrief aanstonds opeischbaar „zou zijn."

„Het niet nakomen der voorwaarde, waaronder de verbindtenis is aangegaan, kan dus volgens het Hof niet als het verminderen eener *gestelde zekerheid* worden beschouwd. Het Hof heeft blijkbaar niet gedacht aan eene voorwaardelijke schuldverbinteuis, maar bedoeld, dat ook dan wanneer de schuldenaar niet voldoet aan zijne verpligtingen, hierin nog geen grond is gelegen om de *déchéance* van den bij overeenkomst bepaalden termijn aan te nemen.

„En al kan nu worden aangenomen, dat ook de *verpligtingen*, welke de schuldenaar bij het aangaan der overeenkomst op zich neemt, en waarin de schuldeischer de waarborgen voor de rigtige afdoening der schuld op den bepaalden termijn vindt, onder de *zekerheden* in a. 1307 genoemd, zijn begrepen, dan nog zouden partijen daaromtrent bepaald moeten zijn overeengekomen, want dan alleen kunnen zij geacht worden als zoodanig te zijn gesteld (*données*), en kan de regter oordeelen in hoeverre zij zijn *verminderd* door het toedoen

van den schuldenaar. DEMOLOMBE, n° 671, spreekt van „suretés spéciales, qui témoignent que le créancier n'a pas „suivi la foi du débiteur, et ne s'en est pas rapporté à la „garantie générale, qui résulte de ce gage imparfait, par „lequel l'universalité des biens est affectée à toutes les dettes." En LAROMBIÈRE, *ll.* n° 8, spreekt van *regten*, welke de schuldeischer heeft *gestipuleerd*, van *intérêts que le créancier a pris la précaution de garantir*.

„Volgens a. 1118 *C.-N.* moesten de zekerheden worden gegeven *par le contrat*. Het blijkt niet duidelijk waarom deze woorden niet zijn overgenomen. VOORDUIN, *Burg. Wetb.* D. IV, bl. 38 en 16; zij werden echter in dien zin opgevat, dat partijen daaromtrent bij het aangaan der overeenkomst moesten zijn overeengekomen, zoodat op later gegeven zekerheden het a. niet toepasselijk was, *Larombière*, *ll.* n° 10; en daaruit vloeit voort, dat bij het a. aan eene stipulatie, aan het *stellen* van zekerheid is gedacht; dat deze niet was gelegen in de voorwaarden waaronder de overeenkomst werd aangegaan.

„Indien nu 's Hofs beslissing omtrent de strekking der overeenkomst en van het zamenstel der verpligtingen, waartoe de verw^sse zich heeft verbonden niet *facti* is, dan is toch door de gegeven beslissing naar mijne beschouwing a. 1307 niet geschonden.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is aangevoerd: schending van de a. 1307 en 1874, en verkeerde toepassing van de a. 1177, 1178, 1196, 1198, 1857, 1208, 1209, 528, 539, 3^e lid, 831 tot 836, 866, 1029, 1030 en 1031, allen B.-W., en de a. 616 en 618 B.-R., door de zekerheid, in eerstgemeld a. „geheel algemeen" genoemd,

te beperken tot borgtogt, pand en hypotheek, en zelfs nog meer beperkende, onder de bij dit a. bedoelde vermindering der gestelde zekerheid alleen te begrijpen handelingen, waardoor de schuldenaar buiten den gemeenschappelijken waarborg, bedoeld in a. 1178, een bepaald gedeelte zijner goederen tot bijzonder onderpand voor het verhaal van het schuldbeloop aangewezen, in waarde doet verminderen, en derhalve goederen met hypotheek bezwaard; en door mitsdien te oordeelen dat de door den nu eischer in cassatie genoemde verpligtingen, die de hypotheekbank zou hebben aangenomen te ververvullen en waarin zij zou zijn te kort gekomen, en die tot het zamenstel der verpligtingen voor geregeld beheer der bank behooren, niet kunnen zijn begrepen onder de door de bank ten behoeve van den eischer gestelde zekerheid in den zin van voormeld a. 1807, omdat geene dier verpligtingen aan den eischer in cassatie een zelfstandig *middel* zou aan de hand geven om mogelijke schade te verhalen;

„O., dat de hoofdstrekking van het aangevoerde *middel* is gelegen in beweerde schending van a. 1307 B.-W., door de beperkte beteekenis bij het beklaagde arr. aan het woord „zekerheid" toegekend, als zoude daaronder alleen pand, borgtogt of hypotheek kunnen worden verstaan, terwijl voor de schending van het daarbij vermelde a. 1374 B.-W. geen grond is aangevoerd, en van verkeerde toepassing van a. 1177 en al de verder aangehaalde a. B.-W. en B.-R., geen sprake zijn kan, vermits die wetsbepalingen door het Hof niet, en dus ook niet verkeerd zijn toegepast;

„O. echter dat, al mogt het Hof het gemelde wetsa. te beperkt hebben opgevat, en alzoo onder „gestelde zekerheid" in dat a. eenige andere zekerheidsstelling dan die door pand, borgtogt of hypotheek denkbaar zijn, dan nog die verkeerde opvatting, en mitsdien het aangevoerde *middel* niet tot cassatie van het arr. kan leiden;

„O. toch, dat in allen gevalle door „gestelde zekerheid"

niets anders kan worden verstaan dan een, behalve de hoofdverbindtenis, waarvoor het algemeene onderpand bij de a. 1177 en 1178 B.-W. aan den schuldeischer is toegekend, uitdrukkelijk gestipuleerd accessoir beding, waardoor de schuldeischer een zelfstandig middel verkrijgt om eventuele schade te kunnen voorkomen;

„O., dat nu in de 13e overw. ten aanzien van het regt in het arr. wordt vermeld, dat de schuldbrieven die de titels van den appellant, nu eischer in cassatie, vormen, geen gestelde zekerheid inhouden, en dat al de door den eischer genoemde verpligtingen, die de hypotheekbank zou hebben aangenomen te vervullen en waarin zij zou zijn te kort gekomen, tot het zamenstel der verpligtingen voor geregeld beheer der bank behooren, en dat geen dier verpligtingen aan den appellant, nu eischer in cassatie, een zelfstandig middel aan de hand geeft om mogelijke schade te verhalen; terwijl nog door het Hof wordt opgemerkt, dat het plaats hebben van geregelde aflossing der schuldbrieven tusschen partijen erkend is en vaststaat;

„O., dat hiermede 's Hofs bevestiging van het vonnis des eersten regters, waarbij de eischer is niet-ontvankelijk verklaard, voldoende is geregtvaardigd;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1638. — Arrest van 2 Mei 1879.

(A. 44, al. 1, der overeenkomst houdende de Voorwaarden van aanbesteding voor de militaire transporten te water, van 5 Aug. 1873.)

Is bij het arr. in eersten aanleg met juistheid beslist dat de ministeriële beschikking van 12 *Febr.* 1875 niet *bevat een oordeel over den eisch tot schadevergoeding, gelijk die in eersten aanleg aanhangig is gemaakt en over de feiten daaraan ten grondslag leggende?* — JA.

Belet a. 44 *der tusschen partijen bestaande overeenkomst van* 15 *Aug.* 1873 *dat*, *ook na de beschikking van den exceptionelen regter*, *alsnog bij den burgerlijken regter een vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van gemelde overeenkomst wordt aanhangig gemaakt?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het arr., waartegen de voorziening in revisie is gerigt, is met mijne conclusie afgedrukt, bij v. D. HON. *B.-R.* XLII, 392 en in de *N.-Rspr.* CXVII, 57.

„Om niet in noodelooze herhalingen te vervallen, neem ik de vrijheid naar deze conclusie te verwijzen, omdat mijne beschouwing van de zaak, door de behandeling in revisie, geenerlei verandering heeft ondergaan, en ik blijf bij mijne zienswijze dat a. 44 der Voorwaarden, waarop de aanbesteding ten deze heeft plaats gehad, aan de vordering, zooals die is ingesteld, in den weg staat.

„Dit a. toch betreft niet alleen verschillen over de uitlegging van het contract, maar ook over de uitvoering, bepaaldelijk tevens, blijkens het tweede lid van het a., verschillen over het nadeel, dat uit handelingen in strijd met het contract, voor den aannemer zoude zijn ontstaan.

„Het verschil met den Minister van Kolonien over de beweerde geledene schade, stond dus volgens dat a. ter beslissing van den Minister van Oorlog, want men had dienaangaande aan alle regtsmiddelen gerenuncieerd. Dit verschil over de schadevergoeding heeft men niet aan de beslissing van den Minister onderworpen, althans er is door den Minister bij zijne beschikking van 12 Febr. 1875 niet over beslist.

„Alleen over het geschil omtrent de *uitlegging*, niet omtrent de *uitvoering* van het contract is eene ministerieele beslissing verkregen.

„Wel heeft de eischende firma, na het arr. van den H.-R.

in eersten aanleg, waarbij hierop werd gewezen, zich nogmaals tot den Minister van Oorlog gewend en getracht van dezen eene beslissing omtrent het toekomen van schadevergoeding uit te lokken, doch te vergeefs.

„Die beslissing bestaat dus nu nog niet.

„Men beklaagt er zich wel over, dat de Minister bij resolutie van 28 Junij 1878 zich onbevoegd heeft verklaard om hierover te oordeelen, en beweert dat Z. E. a. 44 zoo zou opvatten, dat niet *hij*, maar de gewone regter over het al of niet toekomen van schadevergoeding zoude moeten beslissen. Maar, al ware dit ook het gevoelen van den Minister geweest, kan dit toch niet teweeg brengen, dat daarom de beslissing van den H.-R. in eerste instantie onjuist is geweest. Eene ministeriele opvatting van een beding van een contract heeft niet de kracht om de uitlegging, door den regter gegeven, te vernietigen. In ieder geval behoeft het, geloof ik, geen betoog, dat het stuk, uitgelokt na het wijzen van het arr. in eersten aanleg, al hield het alles in, wat de eischers in revisie daarin lezen, thans van geen invloed op de beschouwing der zaak kan zijn, omdat die moet beoordeeld worden in den staat waarin zij is *in lite* gebragt, en er geen andere grondslag aan kan worden gegeven.

„Ten slotte nog dit. Men heeft in deze instantie zich bezwaard over de renunciatie van alle regtsmiddelen in a. 44 opgenomen en dit genoemd een *pactum contra bonos mores*. Het contract is echter geheel vrijwillig gesloten, en ik moet er vooral op wijzen, dat de eischende firma tot nu toe op geenerlei wijze tegen de bepaling van a. 44 is opgekomen, maar zich daaraan heeft onderworpen en dienovereenkomstig heeft gehandeld, zoodat dan ook de H.-R. in eerste instantie teregt opmerkte, dat beide partijen de verbindbaarheid dier bepaling voor zich erkennen, door zich daaraan te gedragen.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot ontzegging van den eisch in revisie, en bevestiging van het arr. op 26

Oct. 1877 tusschen partijen gewezen; met veroordeeling van de eischers in revisie, in de kosten van revisie."

ARREST. — De H.-R. d. N. — *(In revisie);*

„Gezien de stukken;

„Ten aanzien van de *daadzaken*, zich vereenigende met- en overnemende de daartoe betrekkelijke overwegingen van het arr., op 26 Oct. 1877 in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, en voorts overwegende, dat de eisch^sse van revisie, bij beteekende memorie van grieven, voormeld arr. heeft bestreden, concluderende tot toewijzing van hare in eersten aanleg gedane vordering;

„dat daarop van wege den Staat der Nederl. bij contramemorie is geantwoord, met conclusie tot verwerping van de ingestelde voorziening in revisie en tot bevestiging van het arr. *a quo;* dat vervolgens de zaak voor Raden-commissarissen is voldongen, en ter teregtzitting van den Raad in revisie, na herhaling aldaar van de genomene conclusiën, over en weder is bepleit;

„Ten aanzien van het *regt:*

„O., dat de door de eischende firma als oorspronkelijke eisch^sse ingestelde vordering strekt om van den Staat te bekomen vergoeding van alle kosten, schaden en interessen, door de eisch^sse, naar zij beweert, sedert 1 Jan. 1874 geleden, wegens het in strijd met de door partijen op 15 Aug. 1873 aangegane overeenkomst, aan anderen dan de eisch^sse opdragen van militaire transporten te water, en dat de eisch^sse in die vordering is verklaard niet-ontvankelijk, omdat, met betrekking tot het regt op schadevergoeding, hetwelk zij daarbij wil doen gelden, zoude ontbreken de volgens het aangevallen arr., bij a. 44 van gemeld contract, ook voor geschilpunten als het onderwerpelijke, gewilde beslissing van den Minister van Oorlog; weshalve zij werd geoordeeld, in den tegenwoordigen stand der zaak niet bevoegd te zijn, hare vordering voor den regter te brengen;

„O., dat als eerste bezwaar tegen die uitspraak wordt aangevoerd, dat daarbij ten onregte zoude zijn aangenomen, dat uit de beschikking van den Minister van Oorlog WEITZEL, dd. 12 Febr. 1875, *niet* blijkt, dat het geschil van partijen omtrent der eisch^sse^'s beweerd regt op schadevergoeding aan het oordeel van dien Minister is onderworpen geworden, veel minder dat daaromtrent door den Minister eene uitdrukkelijke beslissing zoude zijn genomen; zullende dit een en ander uit de aangehaalde dispositie *wèl* blijken;

„O. daaromtrent, dat in het bedoelde stuk vermeld wordt, dat de eischende firma bij haar adres van 6 Oct. 1874 heeft berigt, dat zeker transport van artillerie-goederen en geneesmiddelen haar door het Departement van Koloniën slechts was opgedragen geworden tot Amsterdam, en niet tot het Nieuwe Diep, waarheen die goederen moesten vervoerd worden, en dat zij verzocht, dat haar „behoorlijk regt wedervare en „voor het vervolg worde voorkomen, dat zij door dergelijke „handelingen in de uitvoering van haar contract worde be„nadeeld," — en dat het daarop gevallen dispositief van 12 Febr. 1875 inhoudt, dat „aan adressante het vervoer „van voor de Koloniën bestemde militaire goederen van Amster„dam naar Nieuwe Diep, voorzooverre dit te water met andere „middelen dan met stoombooten of met voor de reis naar „de koloniën bestemde zeeschepen geschiedt, — niet mag „worden onthouden;"

„O. dat, wat er ook zij van de vraag of de eischende firma, gelijk zij beweert, met de uitdrukking *dat haar behoorlijk regt wedervare*, werkelijk op het oog heeft gehad haar beweerd regt op schadevergoeding, — in allen gevalle de Minister zich daarover niet heeft uitgelaten, maar zich beperkt tot eene verklaring van het tusschen de partijen gesloten contract en de uitvoering daaraan te geven;

„O., dat de ministeriële beschikking alzoo niet bevat een oordeel over den eisch tot schadevergoeding, gelijk die in

eersten aanleg aanhangig is gemaakt, en over de feiten daaraan tot grondslag liggende, zooals bij het arr. in eersten aanleg met juistheid is beslist;

„O., dat de eisch^sse het in eersten aanleg gewezen arr. in de tweede plaats bestrijdt met het beweren, dat bij a. 44 der tusschen de partijen bestaande overeenkomst alleen zou zijn bedoeld, om aan het oordeel van den Minister de uitlegging van de verschillende bepalingen en bedingen van het contract en de wijze van uitvoering daarvan te onderwerpen, en dat hieraan voldaan was door den Minister van Oorlog, die, blijkens zijne op 28 Jan. 1878 gegeven beschikking, niet verder gaan zoude, zoodat de eisch^sse, indien zij over de verdere grondslagen van hare vordering tot schadevergoeding ook van den gewonen regter geene beslissing verkrijgen kon, noch bij den exceptionelen, noch bij den natuurlijken regter tot haar regt zou kunnen komen;

„O. dienaangaande, dat a. 44, al. 1, van het meergenoemde contract is van den volgenden inhoud: „Ontstaat „eenig verschil van gevoelen omtrent de beteekenis van eenig „artikel dezer overeenkomst of omtrent hare uitvoering, dan „onderwerpt de aannemer zich aan de beslissing van den „Minister van Oorlog, met renuntiatie aan alle regtsmiddelen;"

„O., dat, welke beteekenis en regtskracht aan de woorden *met renuntiatie aan alle regtsmiddelen* moge worden gehecht, bij deze al. aan den Minister niet wordt opgedragen eene beslissing over algemeene regtsgronden en over feiten, die aan eenige regtsvordering tot grondslag liggen, maar dat zijn voorafgaand oordeel alleen en uitsluitend gevraagd wordt over de beteekenis van eenig a. van de overeenkomst en over hare uitvoering, in welken beperkten zin het a. ook is opgevat in de voornoemde beschikking van 12 Febr. 1875, waarbij de Minister aan zijn dispositief op het in de beschikking vermelde door de eisch^sse ingediende adres wegens het daarin beweerde vervoer, in strijd met het contract aan anderen dan de eisch^sse

opgedragen, laat voorafgaan, dat hij die beschikking geeft krachtens a. 44 van het contract, terwijl uit den zamenhang kan worden afgeleid, dat de Minister in de daaropvolgende beslissing zijn oordeel geeft over al hetgeen hem het a. met betrekking tot het beweerde regt op schadevergoeding ter beslissing opdraagt;

„O., dat deze opvatting geheel wordt bevestigd door de in revisie overgelegde, van den gedaagde afkomstige en door de eisch^sse in het geding gebragte nadere verklaring van den Minister van Oorlog, van 28 Jan. 1878, waarbij de Minister van Oorlog op het nader ingediend verzoekschrift der eisch^sse uitdrukkelijk verklaart: „dat, voorzoovere de „Minister van Oorlog op grond van bovengemelde bepaling" (van a. 44, al. 1) „bevoegd is over de onderwerpelijke „vraag te oordeelen, bereids eene beslissing is gegeven bij „dezerzijdsche beschikking van 12 Febr. 1875, litt^a B^4 (kabinet); „dat het toch geenszins in de bedoeling ligt van gemeld a. 44, „om aan de beslissing van den Minister van Oorlog meer „te onderwerpen dan geschillen betreffende de beteekenis „van eenig a. der overeenkomst en omtrent hare uitvoering;"

„O., dat derhalve door den Minister van Oorlog, met betrekking tot den ingestelden eisch eene beslissing is gegeven omtrent al hetgeen hij volgens a. 44, al. 1, te beslissen had, en dat mitsdien de, wegens het ontbreken van des Ministers beslissing daaromtrent, bij het bestreden arr. uitgesproken niet-ontvankelijkheid van dien eisch geen stand kan houden, zoodat het arr. uit dien hoofde moet worden te niet gedaan;

„O., dat met betrekking tot den ingestelden eisch tusschen de partijen buiten geschil is, dat de Staat een aantal militaire transporten, bepaaldelijk bestemd voor Atjeh, te water binnen het Rijk sedert 1 Jan. 1874, en wel van Febr. tot Junij 1875, van wege het Departement van Koloniën heeft doen verrigten door andere dan door de eisch^sse;

„O., dat alle militaire transporten van wege het Departement van Koloniën te water, met andere middelen dan met stoombooten of met de voor de reis naar de Koloniën bestemde zeeschepen, over de geheele uitgestrektheid van het Rijk, volgens a. 1 van het op 15 Aug. 1873 tusschen de partijen gesloten contract, in verband met de bijzonder daaraan toegevoegde voorwaarden betreffende het Departement van Koloniën, van 1 Jan. 1874 tot 31 Dec. 1878 uitsluitend aan de eisch^sse moet worden opgedragen, gelijk door den Minister van Oorlog in zijne beschikking van 12 Febr. 1875 is beslist, en dat derhalve door den gedaagde, door deze transporten ten vervoer aan anderen op te dragen, in strijd met dat contract is gehandeld;

„O., dat de gedaagde wegens deze niet-nakoming der overeenkomst tot vergoeding van al de kosten, schaden en interessen, daaruit voortspruitende, verpligt is;

„Gezien a. 56 B.-R.

„Doet te niet het arr. op 26 Oct. 1877 door den H.-R. tusschen partijen gewezen;

„Verklaart de door de eisch^sse gedane vordering ontvankelijk;

„Wijst haar die toe;

„Veroordeelt mitsdien den gedaagde om aan de eischende firma te vergoeden alle kosten, schaden en interessen, op te maken bij staat, door deze geleden sedert 1 Jan. 1874, wegens het in strijd met der partijen contract, door den gedaagde aan anderen opdragen van militaire transporten te water;

„Veroordeelt den gedaagde in de kosten, zoowel in eersten aanleg als in revisie.”

N°. 1639. — Arrest van 9 Mei 1879.

(A. 1904 en volg. B.-W.; a. 1 en volg. der wet van 5 Mrt. 1872, *St.* n°. 45. — A. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1838 en 1839 B.-W.; — Kon. besl. van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5. (wees- en momboirkamers.)

Zijn door aan de eischers, uit kracht van het vonnis van de arr.-regtb. te Rotterdam van 3 *Mrt.* 1852, *geen regt van verhaal toe te kennen tegen den tegenwoordigen verweerder wegens een door de Algemeene commissie van liquidatie niet ontvangen deel van het saldo des onderwerpelijken boedels, hetzij de a.* 1904, 1905, 1907, 1952, 1953 *en* 1954 *B.-W., hetzij a.* 1, 2, 3, 4, 8, 9 *en* 16 *der wet van* 5 *Mrt.* 1852, St. *n°* 45, *geschonden of verkeerd toegepast?* — NEEN.

Is het, om het gezag van een geregtelijk gewijsde te kunnen inroepen, noodig, dat de eisch niet alleen door en tegen dezelfde partijen, maar ook in dezelfde betrekking zij gedaan en ontbreekt dit laatste vereischte in casu, *omdat de eisch, waarop het vonnis van* 3 *Mrt.* 1852 *betrekking heeft, gedaan werd niet tegen den verweerder* in privé, *maar tegen de Schiedamsche commissie en dus tegen den verweerder* in qualiteit? — JA.

Zijn de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 *en* 1839, *en de reeds bij het eerste middel aangehaalde a. van de wet van* 5 *Mrt.* 1852, St. n° 45, *benevens het Kon. besl. van* 14 *Sept.* 1852, St. n° 145, *en van het Kon. besl. van* 1 *Apr.* 1835, St. n° 5, *geschonden of verkeerd toegepast, door te beslissen, dat de verweerder als eenig lid der Schiedamsche commissie dàn alleen jegens de eischers, uit kracht der aangevoerde wetsbepalingen, voor het beweerde niet ontvangen deel van het saldo aansprakelijk zou kunnen zijn, wanneer tevens, met betrekking tot dat te kort, van diens schuld of nalatigheid ware gebleken; en is, waar dit* niet *het geval is, die aansprakelijkheid dan ook te regt verworpen?* — JA.

Namens de eischers i. c., vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, Adv. bij den H.-R. der Ned., is den verw. *qq.* Mr. K. A. P. te S., bij dagvaarding aangezegd:

»A. in deze procedure de arr.-regtb. te Rotterdam bij vonnis van 8 Jan 1877, aan zijne req^n hunne, bij exploit

van 11 Dec. 1875 ingestelde vordering heeft ontzegd *c. e.*, en op des eischers appèl dit vonnis bij het nu in cassatie bestreden arr. is bevestigd, met veroordeeling van de appellanten in de kosten van het hooger beroep;

„A. de eischers i. c. tegen dit arr. voorstellen als *eerste middel* v. c.: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1904, 1905, 1907, 1953 en 1954 B.-W., a. 1, 2, 3, 4, 8, 9 en 16 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en de a. 1, 3—7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat het gewijsde der arr.-regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852, waarbij de Commissie, belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer van de voormalige weeskamer te Schiedam, in den persoon van haar eenig lid, den verw., zelfs bij lijfsdwang is veroordeeld om aan de eischers uit te keeren al het geregtelijk vast te stellen saldo van rekening en verantwoording, tot het doen waarvan de veroordeeling in dat vonnis was uitgesproken, — niet tegen den verw. door de eischers zou kunnen worden ingeroepen tot verhaal van het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toetekomen en als *tweede middel* v. c.: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 en 1839 B.-W. en van de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en van de bij het *eerste middel* aangehaalde, van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de eischers niet geregtigd waren het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken

boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toe te komen, op den verw. te verhalen, bij gebreke van bewijs, dat dit te kort aan zijne schuld of nalatigheid was te wijten;

„A. de Commissie belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer der voormalige weeskamer te Schiedam, gedaagde, — in die procedure vertegenwoordigd door haar eenig lid, den nu verw., — bij vonnis der regtb. te Rotterdam van 8 Mrt. 1852 is veroordeeld om aan de eischers te doen rekening en verantwoording van het beheer, hetwelk door de gedaagde, hare voorgangers en door de leden van de voormalige weeskamer te Schiedam is gevoerd over de waarden, welke behooren of moesten behooren tot den daarbij bedoelden boedel, en, zelfs bij lijfsdwang, om aan de eischers uit te keeren al wat volgens regterlijke saldo-bepaling aan de eischers zou blijken te competeren als resultaat van het beheer van haar en hare voorgangers over de bedoelde waarden, met alle vruchten, revenuen en profijten, die genoten zijn of hadden moeten worden;

„A. nadat de verw. als eenig lid der veroordeelde Commissie had gedaan rekening en verantwoording en de eischers en gerendeerden hun debet hadden doen beteekenen, — is in werking getreden de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45;

„A. het rekening- en debet-proces alsnu overeenkomstig het tweede lid van a. 16 dezer wet is voortgezet tegen de bij die wet in het leven geroepen Algemeene Commissie van liquidatie;

„A. het einde dezer procedure is geweest een arr. van het Prov.-Ger. in Z.-holl. van 30 Mei 1870, waarbij is bepaald, overeenkomstig a. 779 B.-R., het bedrag van den geheelen ontvang en uitgaaf en het bedrag van het geheele saldo, den eischers toekomende, met aanwijzing van het daarop bestaande te kort als bewezen niet door de Algemeene Commissie te zijn overgenomen;

„A. de eischers tot verhaal van dit te kort, in hoofdsom groot *f* 28289,39, met renten sedert 1 Julij 1859, of zooveel minder als mogt blijken verschuldigd te zijn, den verw. hebben gedagvaard bij exploit van 11 Dec. 1857;

„A. de regtb. te Rotterdam, voor wie deze vordering in eersten aanleg is gebragt, bij vonnis van 3 Jan. 1877, schoon erkennende, dat, ten gevolge van de eind-beslissing in de procedure der eischers met de Algemeene Commissie, het totale saldo en het den eischers alsnog toekomende tekort deugdelijk vaststond, den gedaagde, nu verweerder, voor dit tekort niet aansprakelijk heeft geoordeeld, en mitsdien den eischers hunne vordering heeft ontzegd, *c. e.*;

„A. dit vonnis, op der eischers hooger beroep, bij arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 10 Dec. 1877 is bevestigd, met veroordeeling van de appellanten in de kosten van het hooger beroep;

„A. tegen dit arr. is gerigt de tegenwoordige voorziening i. c.;

„A. het Prov.-Ger. in Z.-holl., bij zijn arr. van 30 Mei 1870, vaststellende het totale saldo wegens de administratie van den in deze bedoelden weeskamer-boedel aan de eischers toekomende, — geheel in overeenstemming met a. 8, laatste lid, der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, de Algemeene Commissie heeft veroordeeld tot uitkeering *slechts* van *zoodanig* deel van bedoeld saldo, als zij van hare voorgangster in deze had *overgenomen*, met de vruchten van het eigen beheer der Algemeene Commissie, daarna aan de eischers vrijlatende, het meerdere hun toekomende te verhalen, overeenkomstig de slotbepalingen van a. 8 der evengemelde wet;

„A. de eischers, ter uitoefening van dit verhaal, hebben gedagvaard den verweerder, die tijdens de procedure en het daarin gewezen vonnis van 3 Mrt. 1852 en ook bij de optreding van de Algemeene Commissie was het eenig lid der voormelde Schiedamsche Commissie, welke de onderwerpelijke nalatenschap had in beheer;

„A. het beklaagde arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, oordeelende dat de eischers dit verhaal van het hun altoos toekomende ten onregte uitoefende tegen den verweerder, heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. bij de *middelen* v. c. vermeld;

„A. de eischers voor hun verhaal tegen den verweerder al dadelijk hadden eenen titel in het voormelde vonnis der regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852;

„A. toch bij dit vonnis de Schiedamsche Commissie, vertegenwoordigd door haar eenig lid, den verweerder, is veroordeeld, zelfs bij lijfsdwang, om aan de eischers uit te keeren al wat, volgens regterlijke saldo-bepaling aan de eischers zou blijken te competeren, als resultaat van het beheer van haar en hare voorgangers over de waarden, die behoorden of moesten behooren tot den daarbij bedoelden boedel, met alle vruchten, en revenuen en profijten, die genoten zijn of hadden moeten worden;

„A., vermits dit vonnis is gegaan in kracht van gewijsde en door den verweerder daaraan door het doen van rekening en verantwoording is gevolg gegeven, onnoodig is te doen uitkomen, dat die geheel onbeperkte veroordeeling is in overeenstemming met a. 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, onder welks vigueur het werd gegeven, en welk a. niet bevat de beperking ten aanzien der Algemeene Commissie geschreven in het laatste lid van a. 8 der wet van 5 Mrt. 1852;

„A. evenzeer is onbetwistbaar dat, indien niet ware gekomen de wet van 5 Mrt. 1852 en mitsdien het vonnis, bepalende het totale aan de eischers toekomende saldo in de procedure tusschen hen en de Schiedamsche Commissie ware gevolgd, dat *geheele* saldo op de Schiedamsche Commissie in den persoon van haar eenig lid, den verweerder, bij lijfsdwang had kunnen zijn verhaald, krachtens voormeld vonnis van 3 Mrt. 1852;

„A. het beklaagde arr. echter heeft beslist dat de invoering der wet van 5 Mrt. 1852 op 1 Oct. 1852 dat vonnis den eischers in *alle* opzigten als titel tegen den verweerder heeft ontnomen;

„A. echter de invoering dezer wet wel tengevolge had, dat (blijkens a. 2) op de Algemeene Commissie, behoudens de exceptie dierzelfde wet, overgingen *alle* regten en *verpligtingen* harer voorgangers, en dat (ook blijkens a. 16) de op 1 Oct. 1852 tegen de voorgangers aanhangige regtsgedingen *alleen tegen de*, door die wet gecreëerde *Algemeene Commissie* moesten worden voortgezet, — maar de verdere strekking dier wet en speciaal de bepaling van haar a. 8, laatste lid, door 's Hofs voormelde beslissing is miskend;

„A. toch hieruit duidelijk blijkt, dat op de Algemeene Commissie, — die niet gehouden is verklaard tot uitkeering aan de belanghebbenden van *alle* saldo, dat zou blijken hun toe te komen, maar wier verpligting tot uitkeering is beperkt tot hetgeen zij van hare voorgangers *overnam*, met de vruchten van haar eigen beheer, niet overging de verpligting tot uitkeering van het *niet* door haar van hare voorgangers overgenomen deel van het aan belanghebbenden toekomende saldo; dat dus ook *in casu* die volgens het vonnis van 3 Mrt. 1852, bestaande verpligting, — door de wet niet overgebragt op de Algemeene Commissie, — is blijven bestaan, waar zij vóór die wet bestond;

„A. toch de leer van het beklaagde arr., dat deze bij het vonnis geconstateerde verpligting door de invoering der wet van 5 Mrt. 1852 zou zijn vernietigd en vervallen, strijdig is met de aangehaalde wetsbepalingen, speciaal met de a. 2, 8 en 16 dezer wet, die, welverre van zoodanige vernietiging of vervallen-verklaring van *eenige* verpligting uit te spreken, ze *deels* wel, *deels* niet *overbrengende* op de Algemeene Commissie, *allen* handhaaft, en ze dus, voorzooverre niet overgebragt, laat drukken op hen, op wie ze vóór de wet drukten;

„A. het beklaagde arr. nu wel aanvoert, dat tengevolge van de ontbinding der besturen en commissiën en het ontslag van bestuurders en beheerders, bedoeld in a. 1 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, geen verhaal na 1 Oct. 1852, krachtens het vonnis van 3 Mrt. 1852 kan geschieden tegen de Schiedamsche Commissie, omdat deze niet meer bestond;

„A. echter uit de a. 2, 3, 4 en 8 der zelfde wet duidelijk blijkt, dat de ontbinding en het ontslag, door a. 1 gewild, niet bedoelt ontheffing van bestaande verpligtingen, maar integendeel de personen, die de vroegere besturen of commissiën vormden, voor onderscheidene verpligtingen aansprakelijk heeft gelaten jegens de Algemeene Commissie en voor zooveel betreft eventueel blijkend tekort, jegens de belanghebbenden;

„A. dus, voor zooveel dit laatste punt betreft, het vonnis van 3 Mrt. 1852 den eischers ook na 1 Oct. 1852 een titel is gebleven tegen den verweerder, die tijdens dat vonnis en tot 1 Oct. 1852 als eenig lid de veroordeelde Schiedamsche Commissie uitmaakte;

„A. het beklaagde arr. nog aanvoert, dat, tot inroeping van het gezag van gewijsde zaak, bij a. 1954 B.-W. o. a. wordt gevorderd dat de eisch voor en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking zij gedaan, terwijl de eisch, waarop het vonnis van 3 Mrt. 1852 betrekking heeft, werd gedaan tegen de Schiedamsche Weeskamer-commissie, en de aanhangige regtsvordering is ingesteld tegen den verweerder in privé;

„A. echter a. 1954 B.-W. slechts dan toepasselijk is, wanneer de rede is van de *exceptio rei judicatae*, niet wanneer, gelijk hier, een vonnis wordt ingeroepen als titel tot staving eener regtsvordering;

„A. daarenboven uit de aangehaalde a. der wet van 5 Mrt. 1852 blijkt, dat zij, die vroegere commissiën uitmaakten, voor de verpligtingen dezer commissie aansprakelijk blijven, speciaal wat betreft de verpligting tot aanzuivering van tekort,

tegenover de belanghebbenden, en dat dus meergemeld vonnis ten aanzien van evengemelde verpligting den eischers tot titel blijft strekken tegen den verweerder, die vóór en tijdens en na dit vonnis de daarbij veroordeelde commissie, als haar eenig lid, uitmaakte;

„A. terwijl het *eerste cassatie-middel* in het vorenstaande zijn volledige regtvaardiging vindt, tot regvaardiging van het *tweede cassatie-middel* slechts weinig aan het vorenstaande behoeft te worden toegevoegd;

„A. ten deze *in lite* tusschen de eischers en de daartoe bij de wet van 5 Mrt. 1852 aangewezen Algemeene Commissie door het Prov. Geregtshof in Z.-holl. is bepaald het geheele saldo den eischers toekomende, het bedrag daarvan door de Algemeene Commissie, als door haar overgenomen met de vruchten van haar daarover gevoerd beheer, aan de eischers uit te keeren, en het bedrag van het mitsdien in deze bestaande tekort;

„A. het laatste lid van a. 8 van evengemelde wet voor zoodanig tekort aan belanghebbenden het verhaal voorbehoudt op de vroegere besturen of commissiën van vereffening;

„A. hierdoor de eischers voor het verhaal van het hun toekomende tekort werden verwezen naar de Commissie, belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer der voormalige Weeskamer te Schiedam, aan welke Commissie de Algemeene Commissie van liquidatie den 1n Oct. 1852 was opgevolgd, en mitsdien naar hem, die deze op 1 Oct. 1852 vervangen Schiedamsche Commissie uitmaakte, namelijk den verweerder;

„A. het beklaagde arr. in evengemelde wetsbepaling slechts ziet eene verwijzing naar hem, door wiens schuld of nalatigheid het tekort is veroorzaakt, iets, waarvan echter die wetsbepaling met geen woord rept, terwijl integendeel hare bewoordingen, in verband met de overige a. der wet, speciaal met hare a. 1 en 2, allerduidelijkst, zonder onderscheid of

beperking, heenwijzen naar de onmiddellijke voorgangers der Algemeene Commissie;

„A. voorts het beklaagde arr. in het aangehaalde Kon. besluit grond meent te vinden om de meergemelde Schiedamsche Commissie, en daarmede haar eenig lid, verweerder, van bedoelde aansprakelijkheid te ontheffen;

„A. echter, — gelijk de woorden van het voorlaatste lid van 8 der wet van 1852 naar 's Hofs erkentenis zouden medebrengen, dat de Algemeene Commissie tot uitkeering aan de geregtigden van al hetgeen bevonden werd hun toe te komen, zou zijn verpligt, indien de slot-alinea daaraan niet ware toegevoegd, — *diezelfde woorden*, voorkomende in het 1° lid van a. 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, geen anderen uitleg gedoogen *in casu* ten aanzien der gegrondheid van de meergemelde Schiedamsche Commissie, en het Hof die bepaling van het besluit ten onregte opvat als ware daaraan toegevoegd eene bepaling, gelijkluidende met die van het laatste lid van a. 8 der wet van 1852;

„A. het Hof tegen de aansprakelijkheid der Schiedamsche Commissie zoekt onderscheidingen en uitzonderingen, die in voormeld besluit niet staan geschreven, terwijl 's Hofs beschouwingen integendeel miskennen de duidelijke strekking van het besluit, dat door de bij dat besluit gecommitteerden ook rekening en verantwoording en afgifte van de daartoe verpligten zou kunnen worden gevorderd;

„bij arr. van den H.-R. der Ned. te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 10 Dec. 1877, waartegen deze voorziening i. c. is gerigt, en alsnog den eischers i. c. te hooren toewijzen de conclusien door hen bij het Hof genomen, met veroordeeling van den verweerder in kosten van eersten aanleg, appel en cassatie, of wel, met vernietiging als voren, de zaak te hooren terugwijzen naar evengemeld Geregtshof, ten einde met inachtneming van 's H.-R.s te wijzen arr. te worden behandeld en beslist, met

veroordeeling van den verweerder in de kosten, in cassatie gevallen."

Voor den verweerder heeft mr. A. Q. Krayenhoff van de Leur de volgende conclusie genomen:

„A. de eischers beroep in cassatie hebben ingesteld tegen het arr. door het Ger. te 's Gravenhage 10 Dec. 1877 tusschen partijen gewezen, en tot adstructie van dat beroep hebben voorgesteld als *eerste middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1904, 1905, 1907, 1953 en 1954 B.-W., de a. 1, 2, 3, 4, 8, 9 en 16 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en de a. 1 en 3 tot en met 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat het gewijsde der arr.-regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852 niet tegen den verweerder door de eischers zou worden ingeroepen tot verhaal van het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk, bij gewijsde tusschen de Algemeene Commissie en de eischers, is uitgemaakt den eischers toe te komen;

„A. echter het Hof niet heeft beslist wat de eischers beweren, maar — regt doende op de eerste grief, zoo als die door hen, toen appellanten, tegen het vonnis der regtbank was aangevoerd —, eenig en alleen (en te regt) dat die regtb. de kracht der gewijsde zaak niet had miskend;

„A. daarenboven, zelfs indien het arr. de door de eischers beweerde beslissing inhield, dan nog geen der aangehaalde a. en evenmin het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, geschonden of verkeerd toepast zouden zijn;

„A. toch vaststaat, dat het door de eischers bedoelde vonnis der regtb. van 3 Mrt. 1852, is gewezen *niet* tegen den verweerder *in privé* maar tegen de Commissie, belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende

onder het beheer van de voormalige weeskamer te Schiedam; voorts wèl ook tegen de leden dier gedaagde Commissie, doch slechts voor zoo veel betreft de daarbij opgelegde verpligting tot het doen van rekening en verantwoording (waaraan volgens de eischers-zelven blijkens de proces-stukken is voldaan); en voor het overige (geheel overeenkomstig den toen ingestelden eisch) slechts tegen de *eventuele* leden der Commissie en tot voldoening van de geldswaarden, welke, naar luid der, in der minne of door den regter, vastgestelde rekening en verantwoording zouden blijken aan de eischers te competeren als resultaat van het beheer der tot de nalatenschap in geschil behoorende goederen en geldswaarden, met alle vruchten, revenuen en profijten, die genoten zijn of hadden moeten worden;

„A. evenzeer vaststaat dat die Commissie, krachtens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, met 1 Oct. van dat jaar is ontbonden;

„A. dientengevolge en krachtens a. 2 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, al de nog te vervullen verpligtingen, uit genoemd vonnis voortvloeijende, zijn overgegaan op de Algemeene Commissie van liquidatie der zaken betreffende de voormalige wees- en momboir-kamers;

„A. de eischers hiertegen ten onregte een beroep doen op het laatste lid van a. 8 dier wet, terwijl dit lid niet bevat eene uitzondering op a. 2, maar slechts eene beperking der gehoudenheid van de Algemeene Commissie, welke uit het voorlaatste lid van a. 8 in verband met a. 4 zou kunnen worden afgeleid;

„A. even krachteloos is wat zij beweren nopens hetgeen zij zouden hebben kunnen doen in geval de wet van 5 Mrt. 1852 *niet* gekomen ware, eensdeels omdat die wet *wèl* is gekomen, en anderdeels, omdat bij dat beweren, evenmin als bij hetgeen daaraan voorafgaat, rekening is gehouden met de grenzen der bevoegdheid en de pligten van de Commissiën van vereffening, volgens het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.*

n° 5, en met den werkelijken inhoud van het vonnis van 3 Mrt. 1852;

„A. eindelijk de stelling der eischers, dat a. 1954 B.-W. slechts dan toepasselijk zou zijn, wanneer de rede is van de *exceptio rei judicatae* niet is overeen te brengen met den duidelijken inhoud van dat a.;

„A. uit al het vorenstaande volgt, dat meergemeld vonnis noch op zichzelf, noch in verband met het arr. van het Prov.-Ger. in Zuidh. van 30 Mei 1870, ooit is geweest of geworden een *titel van schuldpligtigheid des verweerders in privé*;

„A. de eischers hebben voorgesteld als *tweede middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 en 1839 B.-W. en van de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en van de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de eischers niet geregtigd waren het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk, bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toe te komen, op den verweerder te verhalen, bij gebreke van bewijs, dat dit te kort aan zijne schuld of nalatigheid was te wijten;

„A. echter ook door die beslissing de beweerde schending of verkeerde toepassing niet heeft plaats gehad;

„A. immers niet ontkend kan worden, dat in onze wetgeving algemeen heerscht en in onze regtsbedeeling steeds gehandhaafd wordt het groote regtsbeginsel, dat in den regel ieder slechts verantwoordelijk is voor eigen daad of nalatigheid, en hierop geene uitzondering mag worden toegelaten, die niet uitdrukkelijk bij de wet is vastgesteld of ontwijfelbaar uit hare bepalingen voortvloeit;

„A. de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, zulk eene uitzondering niet bevat;

„A. wel de eischers het tegendeel trachten af te leiden uit de bewoordingen van het laatste lid van a. 8 dier wet, doch die bewoordingen èn op zichzelf èn in verband beschouwd met de overige a., speciaal met hare a. 1 en 2, in stede van die poging te schragen, haar zelfs verijdelen;

„A. hetgeen de eischers wijders nog ook bij dit *middel* ten opzigte van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835 aanvoeren den regtstoestand, waarin de verweerder door dat besluit geplaatst was, miskent en hen hierdoor leidt tot eene conclusie, welke uit dat besluit niet getrokken kan worden;

„A. daarenboven, ook naar de geschiedenis en strekking der wet van 5 Mrt. 1852, niet anders kan en mag worden aangenomen dan dat ook die wet het voorschreven algemeen regtsbeginsel huldigt;

„A. hieruit noodwendig volgt, dat de eischers, hun verhaal van het beweerde te kort op den verweerder *in privé* willende uitoefenen, moeten bewijzen niet alleen het bestaan van het te kort, maar ook dat aan zijne daad of nalatigheid dat te kort te wijten is;

„A. zij zich door deze wetstoepassing te minder bezwaard kunnen achten, omdat (zoo als teregt door het Hof overwogen is) uit de rekening en verantwoording der Algemeene Commissie bekend kunnen zijn hare voorgangers in het beheer, door wier schuld of nalatigheid het te kort is veroorzaakt; terwijl tevens uit de door de eischers-zelven opgemaakte en in het geding tegen den verweerder gebragte rekening van ontvangsten, uitgaven en saldo — op grond waarvan en in overeenstemming waarmee het arr. van het Prov.-Ger. in Zuidh. van 30 Mei 1870 het saldo bepaald heeft, — blijkt, dat oorsprong van dat te kort hun inderdaad bekend is;

„A. ten slotte, zelfs indien, in weerwil van het hier voren aangevoerde, kan worden aangenomen, dat de eischers niet

behoefden te bewijzen, dat het te kort aan daad of nalatigheid van den verweerder te wijten is, hun beroep in cassatie zou afstuiten op hetgeen feitelijk is beslist.;

„A. toch bij het vonnis der arr.-regtb. te Rotterdam van 3 Jan. 1877, hetwelk bij het arr. van het Ger. te 's Gravenhage van 10 Dec. deszelfden jaars is bevestigd, is uitgemaakt, dat uit de sub n° 32 en 33 door de eischers bij procureurs-acte toen overgelegde rekeningen en verantwoordingen, — welke bij 's Hofs arr. van 30 Mei 1870 als bewijsstukken zijn aangenomen om tot de vasttelling van het saldo te geraken, — blijkt dat aan den gedaagde (nu verweerder,) hoegenaamd geen schuld of nalatigheid is te wijten, doch het te kort is ontstaan vóór zijn beheer;

„A. de eischers die opvatting en uitlegging der voorschreven schriftelijke bewijzen niet hebben weerlegd noch zelfs bestreden;

„A. alzoo feitelijk vaststaat, dat de verweerder aan het te kort onschuldig is;

„Zoo concludeert de Procureur vertegenwoordigende den verweerder: dat bij arr. van den H.-R., het beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eischers in de kosten, in cassatie gevallen."

In deze zaak heeft de Adv. G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij vonnis der regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852 werd de Commissie belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer van de voormalige weeskamer te Schiedam, veroordeeld om aan de eischers te doen rekening en verantwoording van het beheer, hetwelk door haar, hare voorgangers en door de leden der voormelde weeskamer te Schiedam is gevoerd over de geldswaarde hebbende goederen, gelden, waarde of effecten, welke behooren tot den boedel van den zoon van wijlen JAN PIETERSZ. VAN DOORN, voor zoover die is gebragt onder beheer en bewaring derzelve voormalige weeskamer, voorts, zelfs bij lijfsdwang de eventuele

leden der gedaagde Commissie, nadat de rekening en verantwoording zal zijn gedaan, om aan de eischers over te geven al de geldswaarden, welke naar de vastgestelde rekening en verantwoording zullen blijken aan de eischers ter zake van de bovengemelde administratie te competeren als resultaat van het beheer der tot die nalatenschap behoorende goederen en geldswaarden, met alle vruchten, revenuen en profijten, die genoten zijn of hadden moeten worden.

„Nadat dientengevolge de verweerder, als eenig lid der veroordeelde Commissie, rekening en verantwoording had gedaan, en de gerendeerden hun debat hadden doen beteekenen, is in werking gekomen de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45.

„Overeenkomstig het 2° lid van a. 16 dier wet is het rekeningproces toen voortgezet tegen de bij die wet in het leven geroepene Algemeene Commissie van liquidatie, met dit resultaat, dat bij arr. van het Prov-Ger. in Zuidh. van 30 Mei 1876 het bedrag van het saldo den eischers toekomende is bepaald, met aanwijzing van het daarop bestaande te kort, als bewezen niet door de Algemeene Commissie te zijn overgenomen.

„Tot verhaal van dit te kort hebben de eischers den verweerder gedagvaard, maar de regtb. te Rotterdam heeft den verweerder voor dit te kort niet aansprakelijk geoordeeld en deze zienswijze is bij het arr. van het Ger. te 's Gravenhage, waartegen de voorziening is gerigt, gedeeld.

„Blijkens de 1° overw. *in jure* van dit arr. hebben de tegenwoordige eischers tegen het vonnis der regtb. te Rotterdam twee grieven aangevoerd, en wel 1° dat door de regtb. de kracht der gewijsde zaak zou zijn miskend, daar tusschen partijen een gewijsde bestaat, nl. het vonnis van 3 Mrt. 1852, waarbij de tegenwoordige verweerder, eenig overgebleven lid der Schiedamsche Commissie van liquidatie, is veroordeeld om op te leggen het geheele saldo dat er zou wezen of behooren te wezen; en 2° dat de regtb. bij haar

vonnis de slotbepaling van a. 8 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, alsmede het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, verkeerd heeft geïnterpreteerd.

„De beide grieven, die door het Hof ongegrond werden geoordeeld, worden weder ter sprake gebragt bij de beide *cassatie-middelen*, waarvan het *eerste* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1904, 1905, 1907, 1953, 1954 B.-W., de a. 1, 2, 3, 4, 8, 9 en 16 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en de a. 1, 3 tot en met 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat het gewijsde der arr.-regtb. te Rotterdam van 3 Mrt. 1852, — waarbij de Commissie belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer van de voormalige weeskamer te Schiedam, in den persoon van haar eenig lid, den verweerder, zelfs bij lijfsdwang is veroordeeld, om aan de eischers uit te keeren al het geregtelijk vast te stellen saldo der rekening en verantwoording, tot het doen waarvan de veroordeeling in dat vonnis was uitgesproken, — niet tegen den verweerder door de eischers zou kunnen worden ingeroepen tot verhaal van het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt, den eischers toe te komen.

„Ik vereenig mij geheel met hetgeen in het arr. van het Hof tot bestrijding van de eerste grief van de eischers wordt vermeld. Zeer teregt wordt daarbij opgemerkt, dat, om het gezag van een geregtelijke gewijsde te kunnen inroepen, onder anderen wordt vereischt, dat de eisch door en tegen dezelfde partijen en in de zelfde betrekking zij gedaan, en dat dit vereischte hier ontbreekt, daar de eisch, waarop het vonnis van 3 Mrt. 1852 betrekking heeft, werd gedaan tegen de

Schiedamsche Commissie, terwijl de tegenwoordige regtsvordering is ingesteld tegen Mr. K. A. P. *in privé*.

„Daarenboven is de bedoelde Schiedamsche Commissie krachtens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, met 1 Oct. van dat jaar ontbonden, en volgens a. 2 der wet van 6 Mrt. 1852, *St.* n° 45, waren sedert dat tijdstip op de Algemeene Commissie van liquidatie der zaken, betreffende de voormalige wees- en momboirkamers, overgegaan alle verpligtingen en regten van de vroegere besturen, kamers, commissiën, bestuurders en beheerders, dus ook de verpligtingen van de Schiedamsche Commissie, voortvloeijende uit het vonnis van 3 Mrt. 1852.

„Tegen de Schiedamsche Commissie kan dit vonnis dientengevolge niet meer worden ten uitvoer gelegd, maar alleen tegen gezegde Algemeene Commissie.

„Nu is het waar, dat volgens a. 8 der wet van 1852 de verpligting van de Algemeene Commissie tot uitkeering aan de geregtigden van hetgeen bevonden zal worden hun toe te komen, wordt beperkt tot de uitkeering van het bedrag dat zij bewijzen zal van elke nalatenschap van elke wees- en momboirkamer te hebben ontvangen, maar dat heeft wel ten gevolge, dat de bij het vonnis van 3 Mrt. 1852 uitgesproken veroordeeling niet in haren geheelen omvang kan worden ten uitvoer gelegd, doch niet, dat die ten uitvoerlegging alsnog voor een deel zou kunnen plaats hebben tegen eene commissie die heeft opgehouden te bestaan en wier verpligtingen en regten, krachtens eene uitdrukkelijke wetsbepaling, op de Algemeene Commissie zijn overgegaan.

„Evenmin kan m. i. die slotbepaling van a. 8 der wet, waarbij wordt voorbehouden het verhaal der belanghebbenden op de vroegere besturen of commissiën van vereffening, dit vonnis weder een titel doen zijn tegen andere personen dan de Algemeene Commissie. Dit regt van verhaal steunt alleen op de wetsbepaling en is geheel onafhankelijk van het vroegere vonnis.

„Bij het *tweede middel* wordt dan ook de aansprakelijkheid van den verweerder op deze wetsbepaling gebouwd. Het luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 en 1839 B.-W. en van de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de eischers niet geregtigd waren het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toe te komen, op den verweerder te verhalen, bij gebreke van bewijs, dat dit tekort aan zijne schuld of nalatigheid was te wijten.

„De eischers beweren dat zij, nu a. 8 der wet van 1852 aan belanghebbenden voor het tekort het verhaal voorbehoudt op de vroegere commissiën van vereffening, daardoor worden verwezen naar de commissiën belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer der voormalige weeskamer te Schiedam, aan welke commissie, de Algemeene Commissie van liquidatie den 1n Oct. 1852 was opgevolgd, en mitsdien naar hem die de op 1 Oct. 1852 vervangen Schiedamsche commissie uitmaakte, n. l. den verweerder.

„Regtb. en Hof vermeenen daarentegen, dat de stelling, als zoude het tekort steeds kunnen worden verhaald op het bestuur of de commissie in het beheer *onmiddellijk* aan de Algemeene Commissie voorafgegaan, zonder dat schuld of nalatigheid in hun beheer zou behooren te worden bewezen, geen steun vindt in de slotbepaling van a. 8 voornoemd, en dat de wetgever met de laatste al. van a. 8 blijkbaar heeft bedoeld om uit te maken, dat de belanghebbenden het tekort waarop zij aanspraak hebben, niet kunnen verhalen op de

Algemeene Commissie, doch dat zij hun verhaal moeten zoeken bij diegenen der voorgangers van de Algemeene Commissie in het beheer, door wier schuld of nalatigheid het tekort is veroorzaakt, en feitelijk staat door het beklaagde arr. en het daarbij geheel bevestigde vonnis vast, niet alleen dat door eischers niet was gesteld, veelmin bewezen dat den verweerder in zijne voormalige qualiteit eenige schuld of nalatigheid in het beheer zoude kunnen worden ten laste gelegd, maar zelfs dat blijkt, dat aan hem hoegenaamd geen schuld of nalatigheid is te wijten, maar dat het tekort is ontstaan vóór zijn beheer.

„Er wordt bij het slot van a. 8 der wet van 1852 voor het tekort verhaal gegeven *op de vroegere besturen of commissiën van vereffening*. Uit die woorden op zich zelven is volstrekt niet af te leiden, dat daarmede alleen bedoeld zijn de leden der commissie *onmiddellijk* voorafgaande aan de Algemeene Commissie, door welke, volgens a. 4 der wet aan de Algemeene Commissie rekening en verantwoording is gedaan, en dat de woorden van a. 1 en 2 van de wet grond zouden geven om de leden der naast voorafgaande commissie als aangeduid te beschouwen, zooals namens de eischers wordt beweerd, kan ik niet inzien. Integendeel zou ik uit de algemeenheid der bewoordingen, het gebezigde meervoud, en vooral uit de omstandigheid, dat het zoo gemakkelijk duidelijk zou zijn uit te drukken geweest, indien enkel de onmiddellijk voorafgaande commissie van liquidatie was bedoeld, opmaken, dat de bepaling in het algemeen het oog heeft op vroegere bestuurders of beheerders, door wier schuld of nalatigheid de tekorten zijn ontstaan.

„De eischers beweren echter, dat reeds uit de bepaling van a. 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, onder vigueur van welk besluit de verweerder lid der Schiedamsche commissie van liquidatie is geworden, volgt, dat hij de ten deze aansprakelijke persoon is.

„Dit a. luidt: „de bovengemelde kamers of commissiën „zijn verpligt aan de geregtigden die zich aanmelden behoor„lijke rekening en verantwoording af te leggen, en uit te „keeren al hetgeen bevonden zal worden hun toe te komen," en men wijst er op, dat, hoezeer dit a. bijna geheel gelijkluidend is met het voorlaatste lid van a. 8 der wet van 5 Mrt. 1852, het voorbehoud bij het laatste lid van dat a. gemaakt, dat de Algemeene Commissie alleen gehouden is tot uitkeering van hetgeen zij bewijzen zal te hebben overgenomen, bij a. 7 van het gemelde Kon. besluit niet is gemaakt.

„Wanneer men echter in aanmerking neemt het doel en den aard der commissiën, gelijk die in het besluit van 1835 werden ingesteld, zal men, geloof ik, met het Hof moeten aannemen, dat de onbepaalde aansprakelijkheid, die de eischers in a. 7 zien voorgeschreven, niet bestond en dat de woorden van het a. moeten worden opgevat in dien zin, dat de commissiën aan de geregtigden moeten uitkeeren hetgeen zou blijken hun toe te komen uit de gelden en goederen, welke de commissiën onder hare berusting hadden, of die door haar werden beheerd van de verschillende boedels en nalatenschappen, welker vereffening haar was opgedragen.

„Volgens den considerans toch van het besluit is het doel om de afdoening en vereffening der boedels op eene regelmatige wijze te bespoedigen en te doen afloopen. Daartoe werden aan de commissiën verschillende verpligtingen opgelegd, doch daaronder niet (zooals het Rotterdamsche vonnis teregt opmerkt) de verpligting of het regt tot het ter verantwoording roepen van nalatige voorgangers, terwijl daarentegen bij a. 4 der wet van 5 Mrt. 1852 aan de Algemeene Commissie wordt opgedragen om zelfs in regten de vroegere commissiën en kamers tot rekening en verantwoording te dwingen. De commissiën werden volgens het Kon. besluit door het openbaar gezag aangesteld en moesten krachtens a. 3, aan het plaatselijk

bestuur inleveren lijsten, houdende opgave van alle gelden, effecten enz., *welke onder haar berustten of door haar beheerd werden*, met opgave van zoodanige bijzonderheden als tot eene volledige kennis van zaken kunnen strekken, welke lijsten, volgens a. 5, door de zorg van het plaatselijk bestuur voor het publiek werden toegankelijk gesteld; welke voorschriften volstrekt niet wijzen op eene verantwoordelijkheid voor vroegere beheerders, maar veeleer daarop, dat men wilde, dat de dikwijls zeer verwarde zaken der weeskamers zooveel mogelijk werden ontward en geregeld, en de regthebbenden in de gelegenheid gesteld kennis te nemen van den stand der zaken, en, indien er ongeregeldheden in het beheer hadden plaats gehad, van de oorzaken daarvan. Dat in afwijking van het algemeene principe, dat ieder slechts aansprakelijk is voor eigen schuld of nalatigheid, op dergelijke commissiën eene verantwoordelijkheid zou drukken voor fouten door vroegere beheerders begaan, is, dunkt mij, niet aan te nemen, tenzij het uitdrukkelijk ware bepaald, hetgeen het geval niet is.

„Wanneer de wet van 1852 eene andere uitlegging toelaat (en dit is zoo) kan het dus ook de bedoeling van den wetgever niet geweest zijn die buitengewone aansprakelijkheid bij de wet van 1852 te vestigen, en de verwijzing naar de vroegere commissiën of besturen, in het slot van a. 8 der wet, moet dus betrekking hebben op de vroegere beheerders, aan wier schuld of nalatigheid het tekort is toe te schrijven, en welke bekend kunnen zijn uit de rekening en verantwoording, die de Algemeene Commissie verpligt is ook omtrent het beheer harer voorgangers te doen.

„Ik acht de beide *middelen* ongegrond en heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1904,

1905, 1907, 1953, 1954 B.-W., 1, 2, 3, 4, 8, 9 en 16 der wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept. 1852, *St.* n° 145, en a. 1, 3—7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld dat het gewijsde der arr.-regtb. te Rotterdam, van 3 Mrt. 1852, waarbij de Commissie, belast met het beheer en de liquidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer der voormalige weeskamer te Schiedam, in den persoon van haar eenig lid, den verweerder, zelfs bij lijfsdwang is veroordeeld, om aan de eischers uit te keeren al het geregtelijk vast te stellen saldo der rekening en verantwoording, tot het doen waarvan de veroordeeling in dat vonnis is uitgesproken, niet tegen den verweerder door de eischers zou kunnen worden ingeroepen" tot verhaal van het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toe te komen";

"Voorts, als *tweede middel*: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1271, 1272, 1275, 1279, 1280, 1281, 1401, 1402, 1390, 1392, 1837, 1838 en 1839 B.-W., en de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van de wet van 5 Mrt. 1852, *St.* n° 45, benevens het Kon. besluit van 14 Sept 1852, *St.* n° 145, en van de bij het *eerste middel* aangehaalde a. van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, omdat het Hof heeft geoordeeld dat de eischers niet geregtigd waren het door de Algemeene Commissie van liquidatie *niet* van hare voorgangster in het beheer van den onderwerpelijken boedel overgenomen deel van het saldo, hetwelk bij gewijsde tusschen die Algemeene Commissie en de eischers is uitgemaakt den eischers toe te komen, op den verw. te verhalen, bij gebreke van bewijs, dat dit tekort aan zijne schuld of nalatigheid was te wijten;

"O., dat het *eerste middel* is gerigt tegen de beslissing in de tweede tot de vijfde overw., in regten, van het beklaagde arr., dat, om het gezag van een geregtelijk gewijsde te kunnen inroepen, onder anderen wordt vereischt, dat de eisch door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking zij gedaan, en dat dit vereischte hier ontbreekt; bovendien, dat na 1 Oct. 1852, tijdstip waarop de in a. 1 der wet van 5 Mrt. 1852 genoemde besturen en ook de kamers of commissiën van vereffening, bedoeld bij het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, werden ontbonden en de besturen ontslagen, het vonnis van 3 Mrt. 1852 niet meer kan worden ten uitvoer gelegd tegen de voornoemde Schiedamsche Commissie, als niet meer bestaande, maar tegen de Algemeene Commissie van liquidatie der zaken betreffende de voormalige wees- en momboirkamers, op wie, krachtens a. 2 der wet, sedert dat tijdstip, alle regten en verpligtingen van de bedoelde Schiedamsche Commissie waren overgegaan, dus ook de verpligtingen, voortvloeijende uit het tegen deze gewezen, in kracht van gewijsde gegaan, doch niet tegen haar ten uitvoer gelegde vonnis van 3 Mrt. 1852;

"O. echter, dat die beslissing in overeenstemming is met de bepaling van a. 1954 B.-W., vermits de tegenwoordige verw. Mr. K. A. P., *in zijn privé* zijnde gedagvaard, als zoodanig, al is hij het eenig overgebleven lid der voormalige Schiedamsche Commissie, toch is een ander dan de Schiedamsche Commissie, vertegenwoordigd door haar lid Mr. P., tegen welke de eisch was gerigt, waarop betrekking had het vonnis van 3 Mrt. 1852, en hij dus niet kan gezegd worden te zijn dezelfde partij, in dezelfde betrekking als die Commissie;

"O., dat die beslissing ook overigens juist is, omdat werkelijk bij a. 2 der wet van 5 Mrt. van dat jaar, *alle* verpligtingen der volgens het Kon. besluit van 1 Apr. 1835 bestaande, maar bij die wet, met ontslag harer bestuurders, ontbonden commissiën van vereffening, op de daarbij inge-

stelde Algemeene Commissie zijn overgebragt, bij gevolg na de invoering dier wet tegen de eerstgenoemde commissiën, als niet meer bestaande, geene dier verpligtingen meer kan ingeroepen worden;

„O., dat hiertegen dan ook geenszins obsteert de laatste al. van a. 8 der wet, waarbij de verpligting der Algemeene Commissie, om aan de geregtigden uit te keeren al hetgeen bevonden wordt hun toe te behooren, wordt beperkt, zoodat zij alleen gehouden is tot uitkeering van het bedrag, dat zij bewijzen zal voor elke nalatenschap van elke wees- en momboirkamer te hebben ontvangen;

„O., dat het Hof toch te dien aanzien teregt overweegt: „dat die beperking van eene verpligting der Algemeene Com- „missie bij eene speciale wetsbepaling, *in casu* wel ten gevolge „zal hebben, dat de bij het vonnis van 3 Mrt. 1852 uitge- „sproken veroordeeling niet in haren ganschen omvang kan „worden ten uitvoer gelegd, doch niet, dat die tenuitvoer- „legging alsnog voor een deel zou kunnen plaats hebben tegen „eene Commissie die heeft opgehouden te bestaan, en wier „verpligtingen en regten, krachtens eene uitdrukkelijke wets- „bepaling, op de Algemeene Commissie zijn overgegaan;"

„O., dat iets anders dan ook alleen mogelijk zou zijn, wanneer die vroegere Commissie kon geacht worden, in zóóverre dat, door de Algemeene Commissie *niet overgenomen bedrag* betreft, *niet* te zijn ontbonden, maar te zijn blijven bestaan, wat echter in lijnregten strijd zoude zijn met de absolute bepaling van a. 2 der wet van 1852, in verband met de voorlaatste al. van a. 8, en met a. 16, bepalende, dat de aanhangige regtsgedingen alleen tegen de *Algemeene Commissie* kunnen voortgezet worden;

„O., dat nu wel in cassatie door de eischers nog is aangevoerd, dat zij zich ook op dat vonnis beroepen, enkel als een *titel* tot staving hunner vordering, maar dat, — in het midden gelaten de vraag of, en in hoever, hetgeen bij dat

vonnis, in verband met het daarop gevolgd arr. van het Prov.-Ger. in Z.-holl. van 30 Mei 1870, tusschen de eischers en de *Algemeene Commissie van liquidatie* gewezen, is uitgemaakt, aan de eischers ook tegen anderen dan die Commissie ten titel zou kunnen strekken, — het hier enkel geldt de vraag, of de eischers in dat vonnis, als gewijsde, een regtstreekschen titel van veroordeeling tegen den verw., die *in privé* in *dat* geding *geen partij* was, knnnen bezitten, en *die* vraag, zóó op grond van de wet van 1852, als met het oog op a. 1954 B.-W. door het Hof ten deze teregt ontkennend is beantwoord;

„O., dat derhalve, door aan de eischers, uit kracht van het vonnis van 3 Mrt. 1852, geen regt van verhaal toe te kennen tegen den *tegenwoordigen verw.*, wegens een door de Algemeene Commissie van liquidatie niet ontvangen deel van het saldo des onderwerpelijken boedels, noch de a. B.-W., noch die van de wet van 5 Mrt. 1852 en van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, bij het *middel* aangehaald, zijn geschonden of verkeerd toegepast, en het *eerste middel* alzoo is ongegrond;

„O., dat het *tweede middel* voornamelijk is gegrond op de slotbepaling van a. 8 der wet van 5 Mrt. 1852, volgens welke de belanghebbenden, voor het door de Algemeene Commissie van eenige wees- of momboir-kamer *niet* ontvangen bedrag eener nalatenschap, hun verhaal behouden „op de vroegere besturen of commissiën van vereffening," bewerende de eischers daardoor, voor het verhaal van het saldo, dat bij gewijsde tusschen hen en de Algemeene Commissie is uitgemaakt hun toe te komen, maar door die Commissie niet is overgenomen, te worden verwezen naar de Commissie van vereffening te Schiedam, aan welke de Algemeene Commissie van liquidatie was opgevolgd, mitsdien naar den verw., als destijds eenig lid dier vroegere Commissie, en zulks om het even, aan wiens schuld of nalatigheid het niet ontvangen zijn van dat deel van het saldo was te wijten;

„O. nogtans, dat de wet met de voormelde verwijzing naar „*de vroegere besturen of commissiën van vereffening*," blijkbaar niet *per se* en uitsluitend het oog heeft op de *laatst voorgaande* Commissie, aan welke de Algemeene Commissie van liquidatie onmiddellijk is opgevolgd, en dus ook niet kan bedoeld hebben juist deze, als zoodanig, voor het door laatstgemelde niet onvangen bedrag aansprakelijk te stellen;

„O. toch, dat dit uit de woorden zelve „vroegere besturen of commissiën," niet volgt, maar uit deze algemeene, in het meervoud gestelde uitdrukking veeleer moet worden afgeleid, dat het verhaal wordt voorbehouden in het algemeen op die commissiën of besturen, wie zulks mogt aangaan, dat is onder wier beheer het tekort is ontstaan, of die dat hebben veroorzaakt;

„O. trouwens, dat ware het de bedoeling geweest, zonder onderscheid of beperking alleen de onmiddellijke voorgangers der algemeene Commissie daarvoor aansprakelijk te stellen, alsdan niets meer voor de hand had gelegen dan om door eene bepaalde aanduiding allen twijfel hieromtrent weg te nemen, terwijl, zoolang daarvan niet uitdrukkelijk blijkt, niet mag worden verondersteld, dat de wetgever ten deze, met afwijking van den regel, dat ieder slechts voor zijn eigene daad verantwoordelijk is, eenige Commissie van beheer voor een bestaand te kort zou hebben willen aansprakelijk stellen ook dan, wanneer niet was gebleken, dat het door *hare* schuld of nalatigheid was veroorzaakt;

„O., dat die opvatting van des verw^s aansprakelijkheid dan ook evenmin wordt geregtvaardigd door een beroep op a. 7 van het Kon. besluit van 1 Apr. 1835, *St.* n° 5, onder vigueur waarvan de verw. lid der Schiedamsche Commissie van vereffening is geworden;

„O., dat wel in dat a. bij de aan de Commissiën van vereffening opgelegde verpligting om aan de geregtigden, die

zich aanmelden, behoorlijke rekening en verantwoording af te leggen, en uit te keeren al hetgeen bevonden zal worden hun toe te komen, niet voorkomt eene beperking van aansprakelijkheid, gelijk die is toegevoegd aan de voorlaatste alinea van a. 8 der wet van 1852, maar dat dit zijne verklaring vindt in den bijzonderen aard en werkkring van die Commissiën, welke, gelijk uit den aanhef van het besluit, in verband met de a. 1, 3 en 4, kan blijken, niet had een algemeene strekking van bestuur of beheer, maar alleenlijk bestond in de vereffening en afdoening der onder haar beheer gevallen boedels;

"O., dat bijgevolg de woorden van a. 7 in geen wijderen zin mogen opgevat worden, dan deze, dat de Commissiën moesten uitkeeren de gelden en goederen, die zij van de boedels en nalatenschappen, welker vereffening haar was opgedragen, hadden overgenomen en ontvangen, en geenszins opgaat de stelling der eischers, dat een ieder, die een ander in eenig beheer opvolgt, aansprakelijk wordt, wanneer hij van zijn voorganger geen verantwoording vraagt, daar, ook in dit opzigt, de aard en omvang der betrekking of opdragt beslissend is;

"O., dat dit alles te meer klemt, waar aan de Algemeene Commissie van liquidatie, bij a. 4 der wet van 1852 uitdrukkelijk de bevoegdheid is verleend, om van de vroegere beheerders van onder hare administratie gebragte boedels rekening en verantwoording van hun beheer, met overgifte van het saldo, te vragen, waar aan de bij het Kon. besluit van 1835 ingestelde commissiën gelijke bevoegdheid niet toegekend was;

"O., dat uit het vorenstaande volgt, dat mitsdien de verw., als eenig lid der Schiedamsche Commissie, dan alleen jegens de eischers, uit kracht der aangevoerde wetsbepalingen, voor het beweerde niet ontvangen deel van het saldo aansprakelijk zou kunnen zijn, wanneer tevens, met betrek-

king tot dat tekort, van diens schuld of nalatigheid ware gebleken; maar dat, waar dit niet het geval is, zooals *in casu* vaststaat door 's Hofs feitelijke beslissing, die aansprakelijkheid dan ook teregt is verworpen, en deze uitspraak door geen der in het *middel* genoemde a. wordt gewraakt;

„O., dat derhalve ook het *tweede middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eischers in de kosten, daarop gevallen."

N° 1640. — Arrest van 16 Mei 1879.

(A. 56 B.-R.)

Is a. 56 *B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door hen, die in een geding als bijzondere personen zijn opgetreden, zonder den titel, waaronder zij opkwamen, te hebben kunnen doen gelden,* in hun privé *in de kosten te veroordeelen?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De eischers beweren, dat bij het beklaagde arr. van het Geregthof te Arnhem a. 56 B.-R. is miskend, doordien zij daarbij in hun privé in de kosten van het proces zijn veroordeeld.

„Zij vorderen bij het slot van hunne dagvaarding echter dat de H.-R. dit arr. zal vernietigen, niet alleen ten aanzien van deze veroordeeling in de proces-kosten, maar ook voor zoover zij daarbij in hun privé zijn veroordeeld *tot schadevergoeding.*

„Reeds dadelijk merk ik op, dat eene beslissing omtrent de schadevergoeding voor den H.-R. onmogelijk is, omdat het *middel* daartegen niet is gerigt; het enkel aangehaalde a. 56 B.-R. heeft alleen betrekking op proces-kosten. Voorts heeft dit *middel*, blijkens den inhoud der dagvaarding in

cassatie en de toelichting, enkel betrekking op het arr. van het Geregtshof en niet op het vonnis der arr.-regtb. te Arnhem, dat daarbij werd bevestigd.

„Er behoeft dus niet onderzocht te worden of de veroordeeling in de kosten, zooals die bij het vonnis der regtb. te Arnhem werd uitgesproken, volgens welk vonnis de nu eischers onder den collectieven naam van „Commissie belast met het beheer over de buurtgronden van Wissel" in het geding waren, overeenkomstig de wet is.

„De veroordeeling in de proces-kosten, zooals die geschiedde bij het beklaagde arr., is voorzeker met a. 56 B.-R. niet in strijd.

„In hooger beroep toch zijn als appellanten opgetreden de vier eischers, met name genoemd, als te zamen uitmakende de Commissie belast met het beheer over de buurtgronden van Wissel, en *in hun privé*, zoodat zij ontegenzeggelijk ook in hun privé partij in het geding waren.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers *in hun privé* in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat in deze als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: miskenning van a. 56 B.-R., omdat dit wetsa. beveelt de verliezende partij in de kosten te veroordeelen, en het arr. *a quo* een ander in de kosten heeft veroordeeld dan hem die in het geding heeft gestaan;

„O., dat dit beweren zich daarop grondt, dat uit de feitelijke beslissing van het aangevallen arr. volgt, dat in deze tegen- en door zekere Commissie, belast met het beheer over buurtgronden van Wissel, gemeente Epe, is geprocedeerd, en het diensvolgens hiermede niet is overeen te brengen om de personen, welke die Commissie hebben uitgemaakt, in hun privé in de kosten van het proces te veroordeelen; dat wel bij de considerantia van het aangevallen arr. wordt overwogen

dat de vier personen, thans eischers in cassatie, slechts de minderheid der commissie uitmaakten, en diensvolgens eene door de andere leden der Commissie aan den nu verw. verleende acte van *acquit* en *décharge* volle regtskracht bezit, doch die beslissing (waartegen, als van feitelijken aard, in dit proces niet kan worden opgekomen), de gewraakte beslissing omtrent de kosten in geenen deele sanctionneert, zulks omdat de regter slechts vermag regt te spreken tusschen partijen in het geding, en den verliezer in de kosten veroordeelen, doch niet mag vooruitloopen op de vraag ten wiens laste die kosten later zullen kunnen worden gebragt, zoodat dan ook *in casu* de quaestie of de vier gecommitteerden hunne bevoegdheid waren te buiten gegaan, en of zij de daardoor veroorzaakte kosten moeten vergoeden, slechts tusschen hen en hunne committenten kon worden uitgemaakt;

„O. dat, volgens hetgeen *in facto* is beslist, de vier personen, thans zijnde eischers in cassatie, hoewel bewerende te zamen uit te maken de Commissie, belast met het beheer over de buurtgronden van Wissel, gemeente Epe, uitmaken de minderheid dier Commissie, terwijl 6 personen, met wie, volgens nadere besluiten der geërfden in die gronden de commissie is aangevuld en uitgebreid, te zamen alzoo uitmakende de meerderheid der Commissie, in eene wettig belegde en gehouden vergadering den nu verw. volkomen hebben gequiteerd en gedechargeerd wegens zijn gevoerd beheer;

„O., dat hieruit volgt, dat de nu eischers niet uitmaakten de bedoelde Commissie, en ook overigens alle bevoegdheid misten om eene regtsvordering in te stellen op naam der Commissie en als te zamen die uitmakende, zoo als zij dit tegen den nu verw. hebben gedaan;

„O., dat hieruit verder volgt dat zij, niet hebbende geprocedeerd in de hoedanigheid als lasthebbers, maar als bijzondere personen die den titel waaronder zij opkwamen niet konden doen gelden, nu zij in het ongelijk zijn gesteld,

te regt uit kracht van het aangehaalde wetsa. in hun privé zijn verwezen in de kosten van het door hen gevoerde proces;

„O. wat aangaat de veroordeeling tot schadevergoeding, waartegen in het slot der dagvaarding in cassatie mede wordt opgekomen, dat deswege geene wetsbepaling als geschonden of verkeerd toegepast is aangehaald en ook het *middel* daartegen in het geheel niet is gerigt, zoodat daaromtrent geen onderzoek kan te pas komen;

„O., dat alzoo het voorgestelde *middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Verwijst de eischers in hun privé in de kosten daarop gevallen."

N° 1641. — Arrest van 23 Mei 1879.

(A. 1845, al. 2, B.-W.)

Is a. 1845, al. 2, B.-W. geschonden door te beslissen, dat niet ieder verzuim des lasthebbers hem van zijne actio mandati contraria *berooft?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc-G., de volgende conclusie genomen:

„Volgens de feitelijke beslissingen heeft de verwerende firma, commissionair in effecten, op 7 Mrt. 1878, op last van den eischer tegen beurskoers te Amsterdam voor laatstgemelde gekocht 100 Russische loten van de Staatsleening van 1866 en de aldus aangekochte loten, om in de betaling van den koopprijs te voorzien, bij prolongatie beleend, welke handeling, volgens het nu *in facto* vaststaande, door den eischer is goedgekeurd.

„Op verzoek van den nu eischer had de verwerende firma in den voormiddag van 13 Mrt. de opgave van seriën en nummers der gekochte loten, zooals die door hem uit Amsterdam was ontvangen, aan den eischer gedaan, doch heeft

daarop ten 1 uur 30 minuten een telegram laten volgen, waarbij aan den eischer werd kenbaar gemaakt, dat zij zooeven van haren correspondent te Amsterdam per telegram had vernomen, dat bij gedachte opgaaf, ten aanzien van een achttal loten eene vergissing had plaats gehad, en voorts ter harer justificatie nog denzelfden dag dit laatste telegram (uit Amsterdam verzonden ten 12 uur 6 min.) aan den eischer per post doen toekomen.

„Na vruchtelooze onderhandelingen tot afdoening dezer zaak en na vergeefsche poging om van den eischer eenig surplus te verkrijgen, heeft de verwerende firma hem doen dagvaarden, hoofdzakelijk tot rembours van den koopprijs tegen ontvangst der honderd loten, waaronder de acht, zoo als die later bij telegram waren omschreven.

„De nu eischer verdedigde zich tegen deze vordering op verschillende gronden, waarvan thans in cassatie alleen deze is overgebleven, dat de verwerende firma gehouden is hem te leveren de aanvankelijk opgegeven loten, waarbij hij eischer te meer belang zou hebben, omdat een dier loten, begrepen onder het getal, waaromtrent eene vergissing wordt voorgewend, op denzelfden dag, waarop de opgave plaats had, met eene premie van 500 roebels is uitgeloot.

„De regtb. te Breda was ten dien aanzien van oordeel, dat door deze omstandigheid aan den eischer geene schade is toegebragt; dat de verwerende firma het bewijs heeft geleverd, dat de rectificatie der acht van de honderd nummers aan haar door haren correspondent te Amsterdam ten 12 uur 6 min. namiddag per telegraaf is afgezonden en ten 12 uur 30 min. te Breda aangekomen, ten 1 uur 30 min. van daar aan den eischer is overgeseind, terwijl het ondenkbaar is, dat de uitkomst der trekking, die in den voormiddag van denzelfden dag te St. Petersburg plaats had, op die uren, hetzij te Amsterdam, hetzij te Breda zal zijn bekend geweest; voorts, dat de nu eischer, stond hij als kooper tegenover

den verkooper, onafhankelijk van alle kansberekening, geregtigd zou zijn van dezen te vorderen levering der loten en van geene andere dan die, welke hem nominatief zijn aangeboden, doch dat moet worden gelet op de omstandigheid, dat de toen eischende firma slechts als commissionair, d. i. als mandataris de belangen van den gedaagde heeft waargenomen, en als zoodanig, zoolang haar geen verzuim, veel minder malversatie is te wijten, niet aansprakelijk kan worden gesteld voor eene vergissing, des noods voor eene tekortkoming door den verkooper gepleegd.

„De toewijzing van de vordering was hiervan het gevolg.

„In hooger beroep nam echter het geregtshof te 's Hertogenbosch aan, dat de appellant (nu eischer in cassatie) van het oogenblik der opgave van de nummers op deze regt had en geen verwisseling behoefde te gedoogen; dat de appellant op het oogenblik, dat de rectificatie hem werd medegedeeld, er wel degelijk belang bij had dat de eerst opgegeven nummers niet werden verwisseld, omdat de mogelijkheid bestond, dat toen reeds enkele premies te Amsterdam bekend waren; dat appellant tot de verwisseling geen last gegeven, noch die goedgekeurd heeft; dat de nu verwerende firma niet bewijst, dat de verkooper de eerst opgegeven loten niet in eigendom had, en dus niet heeft kunnen verkoopen, of dat hij zich in de opgave der nummers heeft vergist; dat de appellant (nu eischer) alzoo regt heeft op de premie, welke op een der eerst toegezegde nummers is gevallen, te weten 500 roebels; en wat aangaat de levering van andere nummers dan de eerst toegezegde, dat die afwijking van de eigenlijke verpligting der lasthebbers, wanneer daardoor, *gelijk in casu*, hoegenaamd *geene schade* aan den lastgever toegebragt, noch eenig werkelijk belang benadeeld kan worden, geen genoegzamen grond oplevert om de weigering tot betaling van den koopprijs der gekochte loten te regtvaardigen.

„Het vonnis *a quo* werd derhalve bij het beklaagde arr.

bevestigd, behalve in zoover daarbij niet de voormelde premie in rekening was gebragt, welke, volgens de uitspraak van het Hof, op de aan den appellant (nu eischer) verschuldigde sommen moest worden gekort, terwijl, dientengevolge, ook eene wijziging werd gebragt in de veroordeeling in de kosten.

„Het *middel*, tegen die uitspraak voorgesteld, luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 76, 78, 80 en 83 K. en van de a. 1829, 1837—1839, 1844, 1845, 1439, 1510, 1511, 1514, 1516—1519, 1550 en 1570 B.-W., omdat het beklaagde arr. den eischer in cassatie gehouden heeft geacht aan de vordering der verw^sse in cassatie te voldoen, ofschoon zij verw^sse verpligt was, maar niet nakwam hare verpligting om den eischer in cassatie bepaaldelijk de voor hem door haar gekochte eerst toegezegde nommers der premieloten te leveren, en omdat het arr. afwijking van deze verpligting der nu verw^sse geregtvaardigd, en, niettegenstaande die afwijking, den nu eischer gehouden heeft geacht om redenen, buiten en tegen de aangehaalde a.

„De beslissing van het Hof is m. i. volstrekt niet in strijd met de aangehaalde a. K. omtrent de commissionairs; evenmin met de a. van het B.-W. omtrent lastgeving, en ook niet met die omtrent koop en verkoop, die in meer verwijderd verband met de quaestie staan.

„Aan den commissionair, die, al moge hij zelfstandig staan tegenover den verkooper, tegenover den commissiegever niets is als lasthebber, was last gegeven om te koopen honderd Russische loten van de Staatsleening van 1866, *in genere;* speciale seriën of nummers konden uit den aard der zaak niet worden bedoeld bij de lastgeving, en zijn ook niet bedoeld. De commissionair heeft, op eigen naam handelende met den verkooper, honderd loten van de bepaalde soort gekocht, en niet wat anders, en hieruit volgt, dat de namens den eischer aangehaalde plaats uit de *Beginselen van Handelsregt* van mr. KIST, III, 87, hier volstrekt niet van toe-

passing is. Hij heeft dus in zooverre volkomen aan zijn last voldaan. Maar nu heeft bij het individualiseren van het gekochte eene onregelmatigheid plaats gehad, die men, na de beslissing van het Hof, niet meer eene vergissing mag noemen, zooals men anders geneigd zou zijn te doen. Voor een zeer gering gedeelte der loten zijn andere species geleverd, dan oorspronkelijk waren opgegeven. Daarin had de commissionair niet moeten berusten; tegenover zijn lastgever is die berusting een verzuim. Maar dit geeft geen regt om de *actio mandati contraria* te ontzeggen.

„Ten onregte tracht m. i. de eischer dit af te leiden uit het tweede lid van a. 1845 B.-W., want daaruit volgt, geloof ik, niet, dat bij eenig verzuim van den lasthebber, zelfs al heeft dit geen schade veroorzaakt, de lastgever zich aan de teruggave van voorschotten en onkosten en betaling van loon kan onttrekken. De strekking van de bepaling is alleen deze, dat, *ook al is de zaak mislukt*, die teruggave en betaling moet plaats hebben, indien er geen verzuim is gepleegd. (Diephuis VIII, n° 735; Marcadé VIII, n° 1087, pg. 570). Maar de *speculatie* van den nu eischer moge mislukt zijn, van de mislukking der *zaak* (den aankoop der loten) is hier geen sprake.

„Hier zijn toepasselijk de a. 1837 en 1838 B.-W. De lasthebber is voor het verzuim aansprakelijk; hij is verantwoordelijk voor de kosten, schaden en interessen, die daardoor ontstaan.

„Door de niet-levering van dat der aanvankelijk opgegeven nommers, waarop een prijs is gevallen, neemt het Hof het ontstaan van schade aan, en in zooverre is het verzuim der verwerende firma bij het arr. in rekening gebragt. Overigens staat *in facto* vast, dat geen schade is toegebragt door de levering van andere nommers dan de eerst opgegevene, en de toewijzing van den eisch betreffende de voorschotten, onkosten enz. moest daarvan het gevolg zijn.

„Ik acht het *middel* dus ongegrond en heb daarom de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 76, 78, 80 en 83 K., en van de a. 1829, 1837 tot en met 1839, 1844, 1845, 1493, 1510, 1511, 1514, 1516 tot en met 1519, 1550 en 1570 B.-W., omdat het beklaagde arr. den eischer in cassatie gehouden heeft geacht aan de vordering der verw^sse^ in cassatie te voldoen, ofschoon zij verw^sse^ verpligt was, maar niet nakwam hare verpligting om den eischer in cassatie bepaaldelijk de voor hem door haar gekochte eerst toegezegde nummers der premieloten te leveren, en omdat het arr. afwijking van deze verpligting door de verw^sse^ geregtvaardigd, en niettegenstaande die afwijking den nu eischer gehouden heeft geacht om redenen buiten en tegen die aangehaalde a.;

„O., dat dit *middel* betreft de laatste overw. van het bestreden arr., waarbij ten aanzien van de levering van andere nummers van gekochte premieloten dan de eerst toegezegde is beslist, dat die afwijking van de eigenlijke verpligting des lasthebbers, wanneer daardoor, gelijk *in casu*, geene schade aan den lastgever is toegebragt, geen genoegzamen grond oplevert om de weigering van betaling van den koopprijs der gekochte premieloten te regtvaardigen;

„O., dat echter die beslissing in het geheel niet strijdt noch met de aangehaalde a. K. betreffende de commissionairs, noch met die van het B.-W. omtrent lastgeving of omtrent koop en verkoop;

„O. toch, dat der verw^sse^ in cassatie als commissionair last is gegeven tot het koopen van Russische loten van de staatsleening van 1866, in het algemeen zonder eenige aanduiding van nummers (hetgeen dan trouwens ook onmogelijk

was), en dat door haar aan dien last is voldaan; dat echter in de opgave der gekochte nummers eene vergissing heeft plaats gehad ten aanzien van 8 nummers, en dientengevolge 8 andere nummers zijn geleverd dan de eerst opgegevene, en dat het Hof, die vergissing als een verzuim beschouwende, de verw^sse in cassatie heeft veroordeeld om de daardoor ontstane schade (bestaande in eene op een der opgegevene en niet geleverde nummers gevallen premie van 500 roebels) aan den eischer in cassatie te vergoeden, doch tevens en te regt geen grond gevonden heeft om deswege de geheele ingestelde *actio mandati contraria* te ontzeggen;

„O. toch, dat geen der aangehaalde a. daartoe eenigen grond oplevert, ook niet a. 1845, al. 2, B.-W., waarop de eischer in cassatie zich meer bijzonder beroept, uit welke bepaling wel zoude kunnen volgen, dat de lastgever niet gehouden zoude zijn tot teruggave der voorschotten en onkosten aan zijnen lasthebber, indien de opgedragene zaak door verzuim van dezen mogt zijn mislukt, maar niet dat ieder verzuim des lasthebbers zijne geheele actie tot teruggave van voorschotten en onkosten zoude niet-ontvankelijk maken;

„O., dat het Hof mitsdien te regt de actie der verw^sse tot teruggave van voorschotten en onkosten heeft toegewezen, onder aftrek van de vergoeding der schade die, volgens de beslissing van het Hof, het gevolg was van het, naar 's Hofs oordeel, door den lasthebber gepleegd verzuim;

„O., dat het *middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in cassatie in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1642. — Arrest van 30 Mei 1879.

(Kon. besluit van 22 Julij 1822, *St.* n° 127. — A. 5 van het Prov. Regl. van Groningen, vastgesteld 27 Julij 1870, *Prov. Bl.* n° 91, gewijzigd bij het Prov. Regl. van 22 Julij 1874, goedgekeurd bij Kon. besluit van 17 Sept. 1874, *St.* n° 25.)

Is het voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid, dat overeenkomstig het Kon. besluit van 22 Julij 1822, St. *n°* 127, *niet bij dagvaarding mag worden geprocedeerd, gegrond?* — NEEN.

Is a. 5 *van het Prov. regl. van Groningen, vastgesteld op* 27 *Julij* 1870, Prov. bl. *n°* 91, *gewijzigd bij het Prov. regl. van* 22 *Julij* 1874, *op eenigerlei wijze geschonden of verkeerd toegepast?* — NEEN.

Is iedere jure publico *geheven wordende geldelijke praestatie ten behoeve der provincie, bestemd om gedeeltelijk althans te voorzien in de uitgaven der provinciale huishouding, eene provinciale belasting, die, om wettig te zijn, de bekrachtiging vereischt der Rijks Wetgevende Magt?* — NEEN.

Heeft de judex facti *te regt beslist (en is door die beslissing geenerlei wetsbepaling geschonden), dat door de woorden van het regl. van* 27 *Julij* 1870 *„de thans door de provincie geheven belastingen" alleen wordt gezien op den feitelijken toestand, onverschillig of de heffing plaats had* met *of* zonder *regt, en dat alzoo de Staten alleen hebben willen fixeren het* quantum *der contributie op het bedrag dat ten tijde der vaststelling, van het regt werd geheven?* — JA.

Kan de regter in cassatie in een onderzoek treden naar de wettigheid van vroegere heffingen, waar dit punt niet door den feitelijken regter is onderzocht? — NEEN.

Is het bedrag, der heffingen door den judex facti *overeenkomstig de wet bewezen?* — JA.

Het hoofdbestuur van het waterschap Oterdum heeft zich in cassatie voorzien tegen na te melden vonnis der arr.-regtb. te Groningen van 14 Junij 1878, gewezen tusschen den Commissaris des Konings in de provincie Groningen, op de volgende gronden bij dagvaarding beteekend:

„A. onder vigueur der Grw. van 1815 bij Kon. besluit van 22 Julij 1822, *St.* n° 127, ten opzigte van de voorziening in de kosten van het onderhoud der zeeweringen wederzijds

Delfzijl, de jaarlijksche contributie der dijkpligtige landen tot het onderhoud der gezegde zeeweringen is gesteld op 20 cent per gras, doch, blijkens den verderen inhoud van dat besluit, slechts tijdelijk, met bepaling verder dat de betaling der voorgeschreven 20 cents per gras van de dijkpligtige ingelanden zouden worden ingevorderd door de ontvangers der directe belastingen in de gemeenten, alwaar de dijkpligtige landen zijn gelegen, en wijders door die ontvangers tegen de nalatigen worden geprocedeerd op de wijze bij gemelde belasting gebruikelijk;

„A., terwijl ook na de Grondwetsherziening van 1848 en de invoering der ingevolge die Grw. tot stand gekomen Prov.-wet, op de provinciale begrooting van Groningen geregeld werden uitgetrokken sommen voor het onderhoud der zeeweringen wederzijde Delfzijl, met de leverancie der noodmaterialen, voor het onderhouden van het provinciaal gebouw te Hoogwatum, voor onderscheidene herstellingen en verbeteringen van ondergeschikt belang aan deze zeeweringen en voor buitengewone werkzaamheden bij voorkomende stormen, — daartegenover tot en met de provinciale begrooting over 1876 even geregeld onder de inkomsten zijn gebragt: „Bijdragen tot de kosten „der zeeweringen wederzijds Delfzijl" zulks onder het hoofd: „Middelen door polderbesturen en andere corporatiën bij te „dragen" en de aldus in ontvangst gebragte begrootingsposten op de registers van ontvangst der prov. begrooting werden verantwoord als: „Bijdragen van particuliere dijkpligtige inge„landen in de kosten der zeeweringen wederzijds Delfzijl;"

„A. de provincie in na te melden regtsgeding uit een en ander wil hebben afgeleid dat door haar de bij het aangehaalde Kon. besluit van 22 Julij 1822 vastgestelde contributie kon en mogt worden geheven van de daarbij bedoelde dijkpligtige landen, — alsmede dat die contributie door haar werkelijk voortdurend geheven is;

„A. de heer Commissaris des Konings in de provincie

Groningen vermeend heeft van het waterschap Oterdum, bij dagvaarding dd. 29 Sept. 1877 te kunnen vorderen betaling eener som van *f* 273,12½ met renten en kosten, ter zake dat, volgens a. 5 van het waterschaps-reglement, oorspronkelijk vastgesteld bij besluit der Staten van Groningen 27 Julij 1870, en later aangevuld bij besluit derzelfde Staten van 22 Julij 1874, op algemeene kosten van het waterschap Oterdum o. a. wordt gedragen *de thans door de provincie geheven wordende contributie wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken*, en dientengevolge het gezamenlijk bedrag der contributie, die vroeger ter zake van het onderhoud dier dijken van wege de provincie geheven werd van de afzonderlijke onder het waterschap ressorterende dijkpligtige landen, thans door het waterschap aan de provincie zou moeten worden uitgekeerd, en het waterschap dus jegens de provincie Groningen tot betaling van het totaal bedrag dier contributie zou zijn verpligt;

„A. het nu eischend waterschap tegen deze vordering heeft opgeworpen een middel van niet-ontvankelijkheid, hierop gegrond dat de provincie Groningen, indien haar al de geëischte gelden werkelijk door het waterschap mogten zijn verschuldigd, niet bevoegd zou zijn om die gelden in te vorderen bij gewone dagvaarding, daar voormeld Kon. besluit van 1822 de invordering opdraagt aan de rijks-ontvangers der directe belastingen en tegen de nalatigen geprocedeerd wil hebben op de wijs bij gemelde belastingen gebruikelijk, en voorts de verschuldigdheid zelve dier gelden heeft ontkend:

„1° omdat het waterschap bij de ingeroepen reglementsbepaling niet heeft *kunnen* worden belast met betaling van contributie aan de provincie;

„2° omdat daarbij het waterschap ook met die betaling aan de provincie niet *is* belast;

„3° omdat het waterschap uit kracht dier bepaling wel nooit tot iets meer kan zijn gehouden dan waartoe bevorens

anderen gehouden waren, en hiertoe zou moeten vaststaan (wat door het waterschap ontkend was) zoowel dat tijdens de invoering der reglements-bepaling onder het waterschap ressorteerden zoodanige *dijkpligtige* landen, van welke de provincie toen *regtens* contributie vorderen kon, als dat er destijds onder het waterschap zoodanig wettig bezwaarde landen waren in zulk eene *massa* als bij dagvaarding was beweerd;

„4° omdat, al kon aan de reglements-bepaling de nog wijdere strekking worden toegekend, dat ten laste van het waterschap zouden komen de slechts *feitelijk* door de provincie tot nog toe genoten contributiën, — tijdens de invoering van het regl. de thans van het waterschap geëischte gelden zelfs niet *feitelijk en zonder regt* door de provincie werden ontvangen voor derden;

„A. bij het bestreden vonnis echter zoowel het *middel* van niet-ontvankelijkheid als de verweringen *au fond* zijn verworpen, en het waterschap is veroordeeld tot het bij introductieve dagvaarding gevorderde, met menigvuldige schending en verkeerde toepassing der wet;

„I. A. toch dat vonnis in de eerste plaats heeft beslist, dat het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid niet kan opgaan, omdat de eisch tegen het waterschap niet gegrond wordt op het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, maar op het waterschaps-reglement;

„A. echter deze redenering onhoudbaar en onbestaanbaar is, terwijl de reglements-bepaling dat op algemeene kosten (van het waterschap) wordt gedragen de *thans door de provincie geheven wordende contributie wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken*, onvatbaar voor toepassing, ja onverstaanbaar is, zonder te recurreren tot het Kon. besluit, waarbij die contributie ten behoeve der provincie beweerdelijk is gevestigd en het bedrag daarvan bepaald, zoodat dan ook de introductieve dagvaarding zelf aan dat besluit een deel van haren inhoud ontleent;

„A. alzoo, indien werkelijk (een en ander wel uitdrukkelijk neen) vóór de invoering ten jare 1874 van de reglementswijziging voor het nu eischend waterschap door de provincie van sommige landen en ingelanden onder het waterschap ressorterend is kunnen geheven worden en werkelijk geheven is eene contributie voor het onderhoud van zeewaterkeerende dijken, en door die reglementswijziging het waterschap verpligt is geworden om aan de provincie te betalen hetgeen door deze bij introductieve dagvaarding is geëischt, het beklaagde vonnis altijd heeft geschonden a. 5 van het regl. van het waterschap Oterdum, vastgesteld bij besluit der Staten van Groningen dd. 27 Julij 1870 (*Prov. blad* n° 91), zoodanig als dit is gewijzigd bij besluit dier Staten dd. 22 Julij 1874 (*Prov. blad* n° 56), in verband met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, door toe te wijzen eene vordering tot betaling van dergelijke contributie ten verzoeke van den Heer Commissaris des Konings in de provincie Groningen, gedaan bij gewone dagvaarding, terwijl had moeten zijn geprocedeerd op de wijze bij de directe belastingen gebruikelijk en door de betrokken ontvangers dier belastingen;

„A. eischer in cassatie wel uitdrukkelijk constateert dat, voor zoover tegen zijne verdere *middelen* mogt gerigt zijn de bij dit eerste *middel* gewraakte stelling, dat het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, vreemd zou wezen aan het tegenwoordig geding, omdat de dagvaarding niet daarop, maar op het waterschaps-reglement gegrond zou wezen, zijn verzet en beklag tegen die stelling, voor zooveel noodig ook bij die volgende *middelen* wordt volgehouden;

II. „A. het bestreden vonnis in de *tweede* plaats heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. 121, 143, 153 en 215 tot en met 225 Grw. van 1815, a. 1 *C.-N.*, het souverein besluit van 18 Dec. 1813, n° 5, *St.* 1814, n° 1 en het advies van den Franschen Staatsraad van 25 Prairial an XIII (*Bulletin* n° 48, RONDONNEAU VI, p. 312, FORTUIJN II,

p. 312), een en ander in verband met het bij het *eerste middel* aangehaald gewijzigd a. 5 van het regl. voor het waterschap Oterdum en met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127;

„A. toch het bestreden vonnis, toewijzende den bij introductieve dagvaarding door de provincie gedanen eisch, op grond der reglements-bepaling, dat op algemeene kosten van het waterschap onder anderen wordt gedragen „de thans door „de provincie geheven wordende contributie wegens het onder„houd der zeewaterkeerende dijken," *eo ipso* heeft moeten aannemen en ook *virtualiter* aangenomen heeft, *doch verkeerdelijk en zonder voldoenden grondslag regtens*, dat op sommige landen of landeigenaren in de provincie Groningen is komen te rusten een last tot het betalen van contributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken, ofschoon die last geen anderen oorsprong zou kunnen gehad hebben dan het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, en dit besluit naar vorm en inhoud beide was verbindend, onder anderen omdat:

„1° niet blijkt, dat dit besluit, hetwelk niet in het *St.* is geplaatst op eene der in het aangehaald advies van Prairial, an XIII, voorgeschreven wijzen ter kennis van belanghebbenden (ingelanden) is gebragt;

„2° onder vigueur der Grw. van 1815 zoodanige last niet bij eenvoudig Kon. besluit kon worden opgelegd, zeer zeker althans niet bij een Kon. besluit, waarop de Raad van State niet was gehoord, terwijl niet blijkt, dat op het onderwerpelijk besluit het advies van dien Raad is ingewonnen;

III. „A. het bestreden vonnis de bij introductieve dagvaarding tegen het nu eischend waterschap gedane vordering toewijst, met toepassing van het in 1874 gewijzigd a. 5 van het waterschaps-reglement, en dus aanneemt, dat krachtens dit a. het waterschap tegen de provincie belast is kunnen worden met de aldaar bedoelde contributie;

„A. geacht moet worden tusschen partijen bij de regtb.

te hebben vastgestaan, en dus ook thans als *in facto* vaststaande moet worden aangenomen (gelijk trouwens uit de eigen productie der provincie resulteert), dat de werken, ten behoeve van wier onderhoud de contributie werd geheven, zoowel vóór en na als tijdens de invoering der toegepaste reglements-bepaling, en bepaaldelijk gedurende den tijd, waarover de eisch loopt, waren in beheer *bij de provincie zelve;* dat de kosten van onderhoud steeds op de begrooting der enkel provinciale en huishoudelijke uitgaven zijn gebragt als posten van uitgaaf en daarentegen het provenu der nu van het eischend waterschap gevorderde contributie daartegenover als provinciale inkomst;

„A. om deze en andere redenen die thans van het eischend waterschap gevorderde contributie is eene *jure publico* geheven geldelijke praestatie ten behoeve van *de provincie*, bestemd om, gedeeltelijk althans, te voorzien in de uitgaven der *provinciale huishouding*, en al de kenmerken draagt eener *provinciale belasting*, die niet krachtens een door de Prov. Staten vastgesteld en slechts door den Koning bekrachtigd waterschaps-reglement kan worden geheven, maar, om wettig te zijn, bekrachtiging vereischt door de rijks-wetgevende magt;

„A. het bestreden vonnis ten onregte uit de bevoegdheid, den Prov. Staten bij a. 192 Grw. en 138 Prov.-wet toegekend, tot afwijzing van dit verweer, heeft afgeleid, dat daaruit zou voortvloeijen de bevoegdheid ook om aan ingelanden op te leggen geheel of gedeeltelijk bij te dragen tot onderhoud van waterkeerende werken, en tevens dat vonnis in strijd met de wet de beweringen van het eischend waterschap, strekkende om aan te toonen dat *re vera* betaling eener provinciale belasting *in casu* was gevorderd, buiten onderzoek heeft gelaten, op grond der daarbij verkondigde algemeene stelling, dat bijdragen tot het onderhoud van zeewaterkeerende dijken niet beschouwd kunnen worden als provinciale belastingen;

„A. door dit een en ander bij het beklaagde vonnis zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 129, 131, 190, 191 en 192 der vigerende Grw., a. 116, 117 en 138 der Prov.-wet van 6 Julij 1850, *St.* n° 39, en dikwijls gemeld a. 5 van het regl. voor het waterschap Oterdum, vastgesteld 27 Julij 1870, zoodanig als dit a. is gewijzigd bij het besluit der Staten van Groningen dd. 22 Julij 1874;

IV. „A. al verder het bestreden vonnis ten onregte uit dikwijls aangehaald a. 5 van het regl. van het eischend waterschap heeft afgeleid, dat daarbij aan het nu eischend waterschap is opgelegd de verpligting om aan de provincie te betalen de aldaar omschreven bij introductieve dagvaarding van het waterschap gevorderde contributie, terwijl *re vera* meergemeld a. — wel verre van, gelijk de beslissing van het bestreden vonnis medebrengt, de onder het waterschap ressorterende dijkpligtige landen, en ingelanden te ontheffen van de betaling der contributie, die, volgens meergemeld a., daarvan thans door de provincie wordt geheven, — slechts wil, dat het waterschap, geheel buiten de provincie om, die landen en ingelanden schadeloos stelle voor het betaalde, terwijl daarbij in de contributie-heffing zelve geen verandering wordt gebragt;

„A. dan ook het waterschaps-reglement geene wijziging heeft gebragt of kunnen brengen in de op het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, berustende betrekking tusschen de provincie en de in haar systeem dijkpligtige binnen het eischend waterschap gelegen landen, noch ook vestigen een vorderingsregt van de provincie tegen het waterschap, doch alleen heeft teweeggebragt en kunnen teweegbrengen eene veranderde regeling tusschen het waterschap en de binnen den kring daarvan gelegen landen of ingelanden;

„A. het bestreden vonnis dit een en ander ontkennende of voorbijziende en de ingestelde vordering toewijzende, heeft geschonden en verkeerd toegepast het reglement voor het

waterschap Oterdum, oorspronkelijk vastgesteld bij besluit der Prov. Staten van 27 Julij 1870, en gewijzigd bij besluit dierzelfde Staten, van 22 Julij 1874, speciaal a. 5 van een en ander, zulks voor zooveel noodig in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 190, 191 en 192 der vigerende Grw., a. 138 der Prov.-wet, de a. 1449 en 1451 B.-W., het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127 en de a. 215 tot 220 der Grw. van 1815;

V. „A. verder, indien al de dikwijls vermelde reglements-bepaling aan het nu eischend waterschap heeft opgelegd de verpligting om aan de provincie te betalen de thans door haar geheven wordende contributie, wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken, die bepaling op het waterschap heeft gelegd die *contributie zelve* en dat waterschap aan de provincie schuldig heeft doen worden datgene, wat vóór de reglements-wijziging van 1874 de onder het waterschap ressorterende dijkpligtige landen of ingelanden aan haar schuldig waren, te dien effecte dat, indien mogt blijken, dat *geene* schuldpligtigheid van die landen of ingelanden aan de provincie bestond, het nu eischend waterschap ook *niets* aan de provincie verschuldigd is kunnen worden;

„A. zelfs al moest tegen alle beginselen van regt en uitlegkunde aan worden aangenomen, dat het waterschaps-reglement, zooals het in 1874 is gewijzigd, heeft kunnen vestigen en *re vera* gevestigd heeft eene schuldpligtigheid van het nu eischend waterschap, om aan de provincie te betalen zoodanige contributie als door haar niet regtens maar bloot *feitelijk* van onder het waterschap ressorterende landen of ingelanden wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken geheven werd, dan nog altijd tot toewijzing der ingestelde vordering zou moeten vaststaan, dat feitelijk door de provincie zooveel werd geheven als bij introductieve dagvaarding door haar van het waterschap gevorderd is;

„A. dus tegen het nu eischend waterschap nooit de bij

introductieve dagvaarding ingestelde eisch kon worden toegewezen, alvorens onderzocht was en uitdrukkelijk beslist de dubbele door het eischend waterschap uitdrukkelijk *gestelde* en *ontkende* vraag, of de thans van het waterschap gevorderde gelden aan de provincie *verschuldigd waren*, door onder het waterschap ressorterende landen of ingelanden, waarvan de provincie voor de reglements-wijziging contributie hief, en in allen gevalle of de provincie van die landen of ingelanden *feitelijk genoot* datgeen wat thans van het waterschap wordt gevorderd;

„A. echter het bekl. vonnis, wel verre van deze beide punten behoorlijk te onderzoeken en te beslissen, heeft overwogen: „dat het onverschillig moet worden geacht of vóór „het (in 1874 genomen) besluit der Staten de contributie „*met* of *zonder* regt werd geheven, in ieder geval een onder„zoek daaromtrent in dit geding niet te pas komt," en zelfs heeft verstaan, tegelijkertijd dat het de bewuste reglementsbepaling heeft uitgelegd in den zin dat de Staten daardoor alleen hebben willen *fixeren* het *quantum* der contributie op het bedrag, dat ten tijde der vaststelling van het regl. geheven werd, „dat geen gewigt mogt worden gehecht aan de „ontkentenis van het nu eischend waterschap, dat de thans „van dat waterschap geëischte gelden tijdens de invoering „van het regl. van 1874, zij het dan ook slechts feitelijk en „zonder regt, door de provincie van derden werd ontvangen;"

„A. dus het beklaagde vonnis *altijd* en welk systeem van uitlegging omtrent dikwijls aangehaald a. 5 van het in 1874 gewijzigd regl. van het eischend waterschap het juiste zij, dit a., in verband zoo noodig met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, benevens a. 1902 en 1903 B.-W. heeft geschonden en verkeerd toegepast, door den bij introductieve dagvaarding gedanen eisch toe te wijzen;

VI. „A. terwijl de opvatting der in a. 5 voormeld voorkomende woorden: „thans geheven wordende contributie," in

den zin van bloot *feitelijk* door de provincie geïnde gelden noodig zal maken eene verwijzing der zaak naar den *judex facti*, ten einde te onderzoeken wat en hoeveel tot dusverre binnen het ressort van Oterdum door de provincie aan contributie werd genoten, de H.-R. bij interpretatie van die woorden in den zin, dat het waterschap zou zijn belast met de voldoening der alvorens aan de provincie *wettig verschuldigde* contributiën een stap verder zal kunnen gaan en, gedeeltelijk althans, beoordeelen of vóór 1874 zoodanige contributiën regtens verschuldigd waren en wel *aan de provincie*, verschuldigd door dijkpligtige landen onder het nu eischend waterschap ressorterend;

„A. aan de provincie Groningen zoodanige contributie niet wettig verschuldigd kon wezen en door haar van wien ook worden geëischt, wanneer niet het beheer en de voorziening der zeewaterkeerende dijken, tot onderhoud waarvan de contributie was bestemd, wettig aan haar was opgedragen en alsnog wettig bij haar berustte;

„A. die opdragt is geschied bij het Kon. besluit van 30 Aug. 1826, n° 162, doch zoodanig besluit om onder vigueur der Grw. van 1815 wettig te wezen, niet dan na ingewonnen advies van den Raad van State genomen kon worden, en dáárvan *in casu* niet blijkt;

„A. voorts, al ware de in 1826 gedane opdragt van beheer aan de provincie toenmaals formeel en ook materieel geldig (wat geenszins het geval was), die opdragt sedert het jaar 1830 regtens was vervallen, en dus ten jare 1874 aan de provincie geen contributie als attribuut of aequivalent van dat niet meer wettig beheer verschuldigd kon wezen;

„A. toch de Grw. van 1815 bij a. 217 *niet* de provinciale Staten, maar *het algemeen bestuur van den Waterstaat* belastte met alle zoodanige waterwerken, onder anderen van dijken, als waarvan de kosten van aanleg en onderhoud zelfs maar gedeeltelijk waren ten laste van 's lands kas;

„A. nu wel ten jare 1826 het nog een verschilpunt tusschen den Staat en de provincie Groningen uitmaakte, of niet het onderhoud der zeeweringen langs den Dollard en de Eems (waartoe de zeewaterkeerende dijken in a. 5 van het waterschaps-reglement bedoeld, behooren) alleen door de provincie zou moeten worden bekostigd, doch indien al uit die onzekerheid kon worden besloten tot de materiale wettigheid der opdragt van 1826, die opdragt regtens kwam te vervallen van het oogenblik dat bij Kon. besluit van 15 Mei 1830, n° 142, bepaald was, dat het Rijk jaarlijks in dat onderhoud zou contribuëren de som van *f* 18772.45, welke dan ook sedert geregeld op de provinciale begrootingen van Groningen voorkomt en welke bepaaldelijk op de begrooting der enkel provinciale en huishoudelijke ontvangsten en uitgaven over de jaren 1874, 1875 en 1876 onder de ontvangsten is uitgetrokken als: *Aandeel van het Domein in de kosten van het post- en paalwerk in het ligchaam der zeeweringen wederzijds Delfzijl*, zulks onder de rubriek van: *Middelen van 's Rijkswege te verstrekken;*

„A. om de a. 218 en 219 Grw. van 1815 *in casu* toepasselijk te maken, vernieuwde opdragt van beheer na 1830, in plaats van de toen vervallene, en dat in de bij a. 219 voorgeschreven *vormen* noodig zou zijn geweest, doch hiervan *in casu* geenszins blijkt;

„A. alzoo het bestreden vonnis heeft geschonden en verkeerd toegepast het dikwijls aangehaald gewijzigd a. 5 van het regl. voor het nu eischend waterschap in verband met de a. 215 tot en met 220 Grw. van 1815 en de Kon. besluiten van 22 Julij 1822, n° 127, 30 Aug. 1826, n° 162, en 15 Mei 1830, n° 142, alsmede a. 1902 en 1903 B.-W., zulks door het nu eischend waterschap te veroordeelen tot betaling van hetgeen door de provincie bij introductieve dagvaarding was geëischt, ofschoon tijdens de reglements-wijziging van 1874 aan *haar* geen contributie wegens

het onderhoud van zeewaterkeerende dijken *verschuldigd* was;

VII. "A. eene verdere schending en verkeerde toepassing der zelfde wetten en besluiten hierin is gelegen, dat het nu eischend waterschap conform de introductieve dagvaarding is veroordeeld, ofschoon bij de regtb. was gemoveerd doch door haar niet tot onderzoek en beslissing is gebragt de verwering, dat ook hierom geen contributie meer aan de provincie was verschuldigd, omdat de beweerde voorgangers van het waterschap in die schuldpligtigheid, van welke zij krachtens het waterschaps-reglement zou zijn overgegaan op dat waterschap — de dijkpligtige landen of ingelanden, nl. op wie bij het besluit van 1822 de contributie was gelegd — daarvan regtens al voor de reglements-wijziging van 1874 waren ontheven door het niet meer bestaan der voorwaarden, waaronder alleen volgens het eigen besluit van 1822 die heffing kon worden voortgezet;

"A. indien de H.-R. mogt vermeenen niet bij magte te wezen de beide laatst voorgedragen *middelen* van cassatie te onderzoeken, op zich zelf en afgescheiden van het *vijfde cassatie-middel*, het eischend waterschap het aldus sub 6 en 7 voorgedragene aanvoert tot verdere ondersteuning van gezegd *vijfde cassatie-middel* en de bij zijn *zesde* en *zevende middel* als miskend aangehaalde wetten en besluiten verlangt te doen gelden als bij het *vijfde cassatie-middel* ingeroepen;

VIII. "A. het beklaagde vonnis zich, naar aanleiding der defensien van het nu eischend waterschap, ook de vraag ter beslissing heeft gesteld of het bij introductieve dagvaarding gevorderd bedrag genoegzaam is gejustificeerd, en dat cijfer genoegzaam gejustificeerd heeft verklaard op grond van een aantal door de provincie *de actis causae* gemaakte stukken, gequalificeerd als registers van de dijkpligtige landen onder de voormalige dijkregten van Oterdum, Heverker, Borgsmeer en Lalleweer;

"A. aan die bescheiden, (in het geding gebragt om te

bewijzen èn dat onder het nu eischend waterschap ressorteren zoodanige dijkpligtige landen als door het Kon. besluit van 22 Julij 1822 met eene contributie van 20 cents per gras belast waren, èn dat dusdanige landen er onder ressorteren in zoodanige *massa* als tot toewijzing van het bij dagvaarding gevorderde cijfer noodig is) bij het beklaagde vonnis bewijskracht tegen het waterschap is toegekend, vooreerst op de door geen enkel argument gestaafde overw. dat het tegenwoordige waterschap Oterdum is zamengesteld uit de evenvermelde voormalige dijkregten (met dien verstande, dat gedeelten van Heverker en Borgsmeer onder andere waterschappen zijn opgenomen), en voorts, omdat de regtb. ten aanzien van de voormelde stukken oordeelt, dat zij *althans eenigermate* kunnen *geacht* worden afkomstig te zijn van de regtsvoorgangers van het nu eischend waterschap;

"A. echter tegen de uitdrukkelijke in eersten aanleg gevoerde ontkentenis van het nu eischend waterschap, dat het zou zijn zamengesteld uit de vier voormalige evengenoemde dijkregten (wel te onderscheiden van de in a. 3 van het waterschaps-reglement opgenoemde *karspelen*) de apodictische verkondiging dier stelling bij het beklaagde vonnis niet kan subintreren voor het bewijs, hetwelk naar de uitdrukkelijke bepaling van a. 1902 B.-W. zoowel *in facto* als *in jure* vereischt wordt voor de toewijzing van elke vordering in regten;

"A. de inhoud van het beklaagde vonnis zelf het bewijs levert, dat dit *primum demonstrandum* niet door behoorlijke bewijsvoering gebragt is tot den rang van een regtens *primum verum*, omdat dat vonnis het niet waagt te verkondigen dat de geproduceerde registers van die voormalige dijkregten *zijn* bescheiden, afkomstig van des waterschaps regtsvoorgangers, doch slechts overweegt, dat zij *geacht* kunnen worden, en dat nog slechts (althans) *eenigermate* van zoodanige regtsvoorgangers afkomstig te zijn;

"A. echter zoodanige afkomst *ten volle* moet *vaststaan*,

zullen die stukken, geheel afgescheiden van hunnen inhoud, bewijskracht hebben tegen het nu eischend waterschap;

„A. echter, ook al ware bewezen, gelijk het onbewezen is, dat het waterschap de door het vonnis aangenomen, dezerzijds ontkende zamenstelling had, de bewuste vier voormalige Dijkregten nog geenszins zouden kunnen gelden als regtsvoorgangers van het tegenwoordige waterschap Oterdum, zooals het thans als een geheel is geconstitueerd;

„A. voorts, zelfs al stond de door het vonnis aangenomen zamenstelling van het nu eischend waterschap en de afkomst der bewuste registers van de regtsvoorgangers van dat waterschap naar eisch van regten vast, de bewijskracht aan die registers in dit geding toegekend nog niet voldoende zou zijn geregtvaardigd;

„A. toch de contributie, die naar het beklaagde vonnis, ten gevolge van het vigerend waterschaps-reglement, thans door het waterschap in plaats van de daaronder ressorterende dijkpligtige landen aan de provincie moet worden betaald, notoir is, — onverschillig of bij dat reglement eene *regtens verschuldigde* dan wel eene *feitelijk* gegeven contributie ten laste van het waterschap is gebragt, — eene zoodanige praestatie als waarvan de rede is in de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42;

„A. dus op het bewijs van gehoudenheid tot die praestatie toepasselijk is a. 17 van die wet, bepalende dat zoodanige daadzaken of schuldpligtigheden worden gehouden voor bewezen in regten, wanneer dezelve zullen zijn geconstateerd of daarvan blijken zal *op zoodanige wijze als met de regl*^n *van ieder der in evengemelde wet voormelde* collegiën (waartoe de voormalige dijkregten in het vonnis voormeld ontegenzeggelijk moeten worden gerekend) *overeenstemt*, behoudens het tegenbewijs;

„A. alzoo tegen de sub 3 en 4 geformuleerde ontkentenissen van het nu eischend waterschap ook noodzakelijk was, te

doen blijken dat de door de provincie overgelegde registers *re vera* waren bescheiden, *gegrond* in en *gehouden* overeenkomstig de reglementen der voormalige dijkregten, doch elk bewijs hieromtrent ten processe ontbreekt;

„A. uit dit alles volgt, dat de bij introductieve dagvaarding ingestelde vordering is toegewezen *zonder*, immers op regtens *onvoldoend* bewijs, en bij het beklaagde vonnis zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 1902 en 1903, 1907, 1911, 1912, 1917, 1918 en 1920 B.-W. in verband met de a. 1351 tot en met 1353, 1378 en 1395 *eodem*, de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, vooral de a. 3 en 17 daarvan en het dikwijls aangehaalde a. 5 van het regl. van het eischend waterschap, zooals het in 1874 is gewijzigd;

„bij 's H.-R.'s te wijzen arr. te hooren vernietigen dikwijls gemeld vonnis der arr.-regtb. te Groningen van 14 Junij 1878, waartegen het onderwerpelijk beroep is gerigt, en voorts bij dat zelfde arr., ten principale regtdoende, zich alsnog te hooren verklaren niet-ontvankelijk in de vordering bij exploit van 29 Sept. te voren bij die regtb. tegen het thans eischend waterschap ingesteld, immers zich die vordering te hooren ontzeggen; subsidiair, voorzoover de H.-R. zich niet bij magte mogt oordeelen, om zonder verwijzing naar den *judex facti* tot nader onderzoek van sommige bij het beroep ter sprake gebragte punten ten principale te beslissen, het beklaagde vonnis te hooren vernietigen met verwijzing der zaak daar waar zulks zal worden bevonden te behooren; met veroordeeling van den verw. in de kosten, zoo bij de regtb. als in cassatie gevallen, of wel, ingeval van verwijzing, met geheel of gedeeltelijk voorbehoud der kosten van eersten aanleg tot op de eind-beslissing van het geding."

De conclusie van antwoord voor den verw. luidt:

„A. het bij de uitgebreidheid der dagvaarding in cassatie, bij welker *acht middelen* onderscheidene quaestiën worden geopperd, waarvan in het vonnis geen spoor te vinden is,

vóór alles zaak is te herinneren, dat het debat in cassatie zich behoort te bewegen binnen de perken van den strijd, zooals die voor den *judex facti* is gevoerd.

„A. in de 1e overw. *in jure*, het vonnis zich, naar aanleiding der door partijen gevoerde beweringen, vier vragen ter beantwoording stelt, die daarna alle bevestigend worden beantwoord, en de verw. in verband met het bovenstaande eerst en achtereenvolgens die *middelen* van cassatie zal behandelen, welke op de beslissingen der gestelde vragen, zooals die in het vonnis voorkomen, betrekking hebben.

„A. de *eerste vraag* betrof de ontvankelijkheid der vordering en daarop slaat het *eerste middel* van cassatie, waartegen de verw. het volgende aanvoert:

„De eischer in cassatie herinnert, dat de contributie der dijkpligtige landen ten behoeve der provincie werd gevestigd bij een Kon. besluit van 1822. Juister ware het te zeggen, dat reeds in 1820 de Koning die contributie had geregeld, en dat de dijkpligtigheid der landen ten behoeve van den zeedijk was eene eeuwenoude.

„Maar de eischer heeft het oog op het besluit van 1822, omdat daarbij is bepaald, dat de contributie zou worden geind door de Rijksontvangers op de wijze als de belastingen worden ingevorderd. Hij meent dat die wijze van procederen ook *in casu* had moeten zijn gevolgd, omdat zooals hij beweert, het prov. regl., onvatbaar voor toepassing, ja, onverstaanbaar zou zijn, indien men niet recurreerde tot het besluit van 1822.

„Dat laatste intusschen is geenszins juist, doch al ware het juist, het zou eischers stellingen en middelen niet redden.

„De eisch is gegrond, zooals het vonnis teregt en feitelijk beslist, op het waterschaps-reglement en niet op het besluit van 1822. In het regl. nu komt omtrent de door den eischer gewilde wijze van procederen niets voor, en dat reglement kan dus door 's regters goedkeuring der gevolgde gewone *methodus*

procedendi onmogelijk zijn geschonden. En schending der bepalingen van het besluit van 1822, dat door hem slechts „in verband" is aangehaald, durft de eischer kennelijk niet beweren, waarschijnlijk omdat hij zich zelf niet ontveinst dat dat besluit niet het karakter heeft eener wettelijke bepaling, welker schending in cassatie kan worden beweerd.

„Bovendien, al ware het anders, het zou den eischer niet helpen. Immers het besluit van 1822 spreekt wel van eene inning door 's Rijks ontvangers, doch onderstelt, dat de heffing geschiedt van de particuliere dijkpligtigen. *In casu* echter geschiedt de heffing van het waterschap, en zou, had ook hier de verw. die exceptionele wijze van procederen gevolgd, de eischer stellig en teregt de eerste zijn geweest, haar reeds wegens het niet bestaan van het geval, voor 't welk zij was voorgeschreven, te wraken. Verw. laat geheel daar, of wel dergelijke afwijkende manier van procederen immer bij Kon. besluit zou kunnen worden gegeven, en zoo ja, of zulks dan niet zoude zijn een voorregt, waaraan steeds kan worden gerenuntieerd;

„A. de *tweede vraag* deze was, of het waterschap bij het regl. met de daarbij bedoelde contributie kon worden belast, eene vraag, die het vonnis teregt bevestigend beantwoordt in de 5e overw. *in jure*, op grond dat de Staten, bevoegd om voor de waterschappen nieuwe reglementen vast te stellen, uit den aard der zaak ook bevoegd zijn alles te regelen wat daartoe behoort, en dus ook aan de ingelanden kunnen opleggen, om geheel of ten deele bij te dragen tot onderhoud van waterkeerende werken;

„A. daartegen is gerigt het *derde middel*. Bij dit *middel* wordt evenals in eersten aanleg tegen de aanneming van de bevoegdheid der Staten in dezen aangevoerd, dat de lasten in quaestie het kenmerk zouden dragen van provinciale belastingen.

„Dit is intusschen ten eenenmale onjuist. De eischer

stelt als feiten voorop, dat de dijken in quaestie steeds bij de provincie in beheer zijn geweest en dat op de provinciale begrooting voorkwamen de kosten van onderhoud in uitgaaf en daartegen het provenu der nu van het waterschap geheven contributie als inkomst.

„Uit het vonnis blijkt van een en ander niets, doch de verw. laat dit daar, want, ook al ware dit alles in het vonnis te lezen, het zou aan zijne juistheid niets afdoen.

„Provinciale belastingen en bijdragen tot onderhoud van dijken, geheven van dijkpligtige landen of van een waterschap, zijn twee heterogene zaken, en dijklasten worden geen belastingen daardoor, dat het de provincie is die den dijk beheert, noch daardoor, dat die lasten als inkomsten voorkomen op eene provinciale begrooting.„

„*In casu* nu heeft men te maken met bijdragen voor dijkonderhoud en de eischer zelf twijfelt daaraan zóó weinig, dat hij bij de adstructie van zijn *achtste middel* uitdrukkelijk verkondigt, dat het hier geldt „eene zoodanige praestatie, „als waarvan de rede is in de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 47."

„Eene zoodanige praestatie nu is gewis geene provinciale belasting en derhalve dit *derde middel* ook in eischers eigen oog ongegrond.

„Staat alzoo de bevoegdheid der Staten om aan het waterschap de contributie op te leggen vast, twee vragen blijven nog overig: *is* de contributie opgelegd en is het gevorderde bedrag *gejustificeerd?*

„Tegen hetgeen de regtb. op die vragen beslist, zijn respectivelijk gerigt het *vierde* en het *achtste middel* van cassatie.

„A. alzoo wat betreft het *vierde middel* de verw. het volgende antwoordt:

„De hier behandelde vraag is eene quaestie van interpretatie van het regl., en de verw. vermeent zich gerust te kunnen refereren aan de redeneringen van het vonnis, die den

regter tot het resultaat hebben geleid, dat de Staten hebben gewild en bepaald, dat voortaan van het waterschap zou worden geheven de contributie die vroeger van de particuliere dijkpligtigen werd gevorderd.

„Tot die verwijzing naar het vonnis acht de verw. zich te eerder geregtigd, omdat de eischer voor de door hem gewilde, doch reeds in zich zelven onbegrijpelijke uitlegging, als zou gewild en bepaald zijn „dat het waterschap geheel „buiten de provincie om, de landen en ingelanden schadeloos „stelde voor het betaalde," geen enkelen grond aangeeft.

„Wordt bij dit *middel* voorts nog gezegd, dat de Staten geen verandering zouden vermogen te brengen in de op het besluit van 1822 berustende betrekking tot de dijkpligtige ingelanden, — en dat de provincie die betrekking niet zou kunnen omscheppen in een vorderingsregt tegen het waterschap, dan antwoordt de verw.: 1° dat de eischer hier dwaalt; 2° dat dit grieven zijn, die bij gelegenheid van de behandeling der vorige vraag en dus onder het *derde middel* zouden tehuis behooren; waren zij niet als *nieuwe middelen* in cassatie geheel ontoelaatbaar?

„A. alzoo overig blijft het *achtste middel* en de verw. daarop het volgende zegt:

„De vierde en laatste vraag was: of het gevorderde bedrag was gejustificeerd; en ten fine van die justificatie zijn door den verw. in het proces gebragt de registers der dijkpligtige landen onder de Dijkregten van Oterdum, Heverkes, Borgsweer en Lalleweer.

„Ten aanzien dier Dijkregten besluit de regter, dat daaruit het tegenwoordig eischend waterschap is zamengesteld, behoudens een klein gedeelte van Heverkes en Borgsweer, dat onder de waterschappen Duurswold en Fivelinge is gekomen.

„En wel wekt die beslissing des eischers misnoegen op, doch hij voert geene enkelijke wettelijke bepaling aan, die

er door geschonden is, hetgeen dan ook moeijelijk zou zijn, daar de oude en nieuwe reglementen in onderling verband beschouwd, 's regters beslissing niet anders dan zouden kunnen bevestigen.

„Wat voorts betreft de geproduceerde registers, zoo zegt de regtb. dat tegen hunne echtheid en veridiciteit door den eischer in cassatie geen enkele bedenking is gemaakt, en zij bovendien eenigermate gerekend kunnen worden afkomstig te zijn van diens regtsvoorgangers.

„Het vonnis besluit eindelijk, dat door die stukken, in onderling verband en zamenhang, het gevorderd cijfer voldoende is gejustificeerd.

„Tegen die beslissing heeft de eischer in cassatie een tal van grieven, die hij echter zelf slecht weet tehuis te brengen, want hij haalt door een, en tegelijkertijd als geschonden aan, de bepalingen omtrent onderhandsche acten, authentieke acten, huiselijke papieren en a. 17 der wet op de Heemraadschappen.

„En geen wonder, want het blijkt niet, dat de bewijskracht dier stukken in eersten aanleg op eenigen grond is betwist; het vonnis houdt niet in, noch behandelt één bezwaar, dat door den eischer tegen de bewijskracht dier stukken zou zijn ingebragt. Integendeel, het blijkt uitdrukkelijk, dat noch hunne echtheid, noch hunne veridiciteit door hem is betwist. Maar als dat zoo is, hoe kan hij dan toegelaten worden om in cassatie allerlei grieven te formuleren en hoe zou de H.-R. zelfs bij magte zijn om te beoordeelen des eischers betwisting van de bewijskracht der stukken, van welke het alleen blijkt, dat zij zijn Dijkregten-registers, door eischer als echt en waarachtig erkend?

„Zoo wordt b. v. bij het *middel* beweerd, dat de bewuste stukken om bewijskracht te hebben, moeten beantwoorden aan de eischen van a. 17 der wet van 1841, *St.* n° 42.

„De verw. laat de juistheid dier stelling daar. Hij zal

er ook niet op wijzen, dat er registers waren geproduceerd van af 1824, dus van vóór de wet van 1841. Maar hij vraagt: Waaruit blijkt, dat die registers *niet* waren opgemaakt in overeenstemming met voor hen geldende reglementaire bepalingen? In het vonnis is daaromtrent niets te vinden en zelfs de eischer wijst geen enkel beweerd gebrek in die stukken, geen enkele daarbij begane overtreding van eenigen bij eenig toepasselijk regl. voorgeschreven vorm aan. En zoo ontbreekt zelfs ten eenenmale alle feitelijke grondslag, op grond van welken de schending van a. 17 der wet van 1841, gesteld het ware toepasselijk, zou kunnen worden beweerd.

„A. hiermede zijn wederlegd de *middelen*, die als terugslaande op de beslissingen in het vonnis voorkomende, in cassatie in aanmerking kunnen komen;

„A. niettemin bij dagvaarding nog *vier middelen* zijn voorgesteld, het *tweede*, *vijfde*, *zesde* en *zevende*, waarbij allerlei *dubia* worden opgeworpen buiten het aangevallen vonnis om, en die de verw. dus slechts zeer kort zal beantwoorden;

„A. alzoo ter weerlegging dier *middelen* het volgende moge dienen:

„*Tweede middel.* Dit *middel* berust op de dwaling, dat bij het vonnis is aangenomen: dat op sommige landen in Groningen is komen te rusten een last tot contributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken. Iets dergelijks toch is in het vonnis nergens te vinden.

„Dat vonnis beslist, dat de Staten bevoegd waren op het waterschap eene verpligting te leggen wegens dijks-onderhoud, en tegen die beslissing heeft de eischer geen afdoende grief kunnen aanvoeren.

„Voorts berust het *middel* op de veronderstelling dat die in het vonnis niet te vinden last geen anderen oorsprong zou kunnen hebben dan het Kon. besluit van 22 Julij 1822,

n° 127, en valt dus dat besluit als onverbindend aan om allerlei redenen. Immers de geheele veronderstelling is weder eene dwaling, want, daargelaten dat de last reeds sedert overoude tijden op de landen drukte, is die last vóór 1822 gereglementeerd door den Koning, bij Zijn besluit van 28 Oct. 1820, n° 74, en is het besluit van 1822 eigenlijk niets anders dan eene beschikking op gevraagde vermindering van omslag, die in het besluit van 1820 naar den zin van belanghebbenden te hoog was gesteld. Op dat besluit van 1820 is, het zij ter geruststelling van den eischer verzekerd, de Raad van State gehoord.

„Ook op de dispositie van 1822? Het blijkt geenszins, dat zulks op deze zeer speciale dispositie noodig was.

„Maar waaruit zal den H.-R. blijken, dat de Raad van State niet is gehoord op die dispositie van 1822? De eischer heeft vroeger nooit zoo iets beweerd en in het vonnis vindt men daaromtrent dan ook niets vermeld. Evenmin vindt men in het vonnis iets wat gelijkt naar eene bovendien in zich zelve onwaarschijnlijke bewering, dat het besluit van 1822 niet ter kennis van ingelanden is gebragt. En hoe kan dan zulk een grief voor 't eerst in cassatie worden voorgebragt?

„Zoo is het ook met de bewering, dat onder de Grw. van 1815 lasten wegens dijksonderhoud niet bij Kon. besluit konden worden opgelegd.

„Argumenten voor die bewering worden niet gegeven en de aangehaalde wetsa. leeren daaromtrent niets. Trouwens van opleggen is hier geene sprake; de dijklasten dateerden van vroeger en bovendien is het met deze grief als met al het overige wat bij dit *middel* wordt beweerd: het wordt alles voor 't eerst in cassatie aangevoerd, maar is daarom dan ook inadmissibel.

„*Vijfde middel.* Behalve voor zoover bij dit *middel* wordt geklaagd over onvoldoende motivering, waarbij echter de aanhaling van geschonden wetten is verzuimd, kan de verw.

niet inzien, dat dit *middel* iets anders inhoudt, dan hetgeen bij het *zesde*, *zevende* en *achtste middel* wordt behandeld. Immers de vraag naar de verschuldigdheid der lasten aan de Provincie, vóór 1874, maakt het onderwerp van het *zesde* en *zevende* en de vraag naar hun bedrag, dat van het *achtste middel* uit. Het *achtste middel* nu is reeds weerlegd, zoodat daardoor en door hetgeen op het *zesde* en *zevende middel* zal worden geantwoord, ook tevens het *vijfde* zal zijn behandeld.

„*Zesde middel.* De eischer geeft hier eenige beschouwingen over de vraag of vóór 1874 de contributie aan de provincie regtens was verschuldigd.

„Hij beantwoordt die vraag ontkennend. Op dien grond: schending der aangehaalde wetten en besluiten door het vonnis.

„Intusschen moet al dadelijk opgemerkt worden, dat het vonnis de hier bedoelde quaestie in het geheel niet behandelt en ook *niet* behoefde te behandelen.

„Immers staat het vast, gelijk het vonnis aanneemt en de eischer ook thans in cassatie niet heeft kunnen weerleggen, dat de Staten volkomen bevoegd zijn om bij een waterschaps-reglement aan de gezamenlijke ingelanden, alias aan het waterschap zelf, op te leggen eene contributie wegens onderhoud van een zeedijk, bij welken de Staten oordeelen dat de betrokken landen belang hebben, — dan doet het voor de verschuldigdheid dier bijdrage niets ter zake of hetgeen anterieur aan het regl. door dijkpligtigen aan de provincie voor dien dijk werd betaald, toen ook *regtens* door de provincie werd geheven; want dan berust de tegenwoordige heffing niet op den vroegeren toestand of op de oude desbetreffende besluiten, maar op het nieuwe en wettig daargestelde Staten-reglement.

„De geheele quaestie der vroegere verschuldigdheid der contributie is dus èn buiten het vonnis èn buiten de zaak.

„Bovendien houdt hetgeen de eischer daaromtrent inbrengt, geen steek.

„Als *primum verum* wordt door hem voorop gezet, dat de contributie vóór 1874 aan de provincie niet *kan* verschuldigd zijn, tenzij aan de provincie het beheer van den dijk op wettige wijze ware opgedragen. En zulke wettige opdragt zou *in casu* ontbreken of door latere gebeurtenissen krachteloos zijn geworden. Intusschen de provincie heeft — de eischer zette dat zelf bij zijn *derde middel* voorop, — steeds het beheer van den dijk gehad en wel tot dat het besluit van 27 Mei 1876, *St.* n° 109, dat beheer bij het Rijk bragt.

„Waarom zou nu, bij het in elk geval feitelijk bestaan van het door alle autoriteiten gedoogd beheer, de contributie door derden voor dat onderhoud op te brengen, niet aan de provincie *kunnen* verschuldigd geweest zijn? Eenig argument voor zijne stelling geeft de eischer niet en eenig wetsa., waaruit zij zou voortvloeijen, wordt niet aangehaald.

En wat is er van het onwettig opgedragen of wel vervallen beheer?

„De eischer meent, dat dat beheer onwettig was, omdat op het besluit van 1826 de Raad van State had moeten worden gehoord, en daarvan, zooals hij meent, niet blijkt. Intusschen is al dadelijk eischers geheele punt van uitgang erroneus. Hij meent, dat bij genoemd besluit aan de Staten het aangevallen beheer is opgedragen, doch dat besluit slaat op *andere* zeeweringen, niet op de onderwerpelijke, waaruit volgt, dat alle aan dat besluit ontleende grieven hier ten eenenmale zijn misplaatst.

„Doch al ware het anders, zou de verw. kunnen vragen: Waaruit blijkt van het door den eischer gestelde voorbijgaan van den Raad van State? Het vonnis houdt daaromtrent niets in. En bovendien zou hier dan nog tweeërlei op te merken zijn: 1° was het beheer reeds bij de provincie voor het besluit van 1826; 2° was dat besluit formeel slechts een aanvullingsbesluit van dat van 17 Dec. 1819, in welks a. 1 de Koning zich aanvulling had voorbehouden.

„Eindelijk het beweerde regtens vervallen van het beheer der provincie. Als reden daarvan geeft de eischer op, dat in 1830 ten behoeve van den dijk in quaestie eene bijdrage uit 's Rijks kas werd bepaald. Intusschen men zou hier kunnen vragen of de eischer niet verwart tusschen 's Rijks kas en het Domein, welk laatste, als groot dijkpligtig grondbezitter, met eene aanmerkelijke contributie was belast.

„Doch wat daarvan zij, zoo berust eischers geheele redenering op eene dwaling.

„Onder de Grw. van 1815 was gelijktijdige bekostiging uit 's Lands kas evenmin een hinderpaal tegen opdragt van beheer aan de provincie, als latere subsidie uit 's Lands middelen of verhooging van vroeger verleende Landsbijdrage een hinderpaal was tegen het voortduren van het eenmaal opgedragen provinciaal beheer, of zulks de vroegere opdragt deed vervallen of hernieuwde opdragt noodig maakte.

„*Zevende middel.* De eischer klaagt hier, dat niet beslist is over eene defensie door hem voorgedragen. Daargelaten dat daardoor nog geen der aangehaalde wetsa. zou zijn geschonden, blijkt van die geheele voorgedragen defensie in het vonnis niets.

„Trouwens de geheele even zonderlinge als onjuiste bewering, dat vóór 1874 een algemeen verdwijnen van den dijkpligt zou zijn ingetreden, kon en kan gerust buiten beschouwing blijven; want, ook al ware zij juist, de Staten zouden, gelijk het vonnis teregt aannam, en de eischer niet heeft wederlegd, volkomen bevoegd zijn geweest, om, gelijk zij deden, het waterschap alsnog met eene contributie aan den zeedijk te belasten.

„A. derhalve het beroep in cassatie is ongegrond;

„Zoo concludeert mr. B. M. Vlielander Hein, advocaat van den verw. in cassatie, dat bij arr. van den H.-R. der Ned. het ten deze door den eischer in cassatie ingesteld beroep, zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten."

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.G. Smits in deze de volgende conclusie genomen:

„Er zijn tegen het vonnis door de regtb. te Groningen in deze zaak gewezen, niet minder dan *acht middelen* van cassatie voorgesteld.

„Daar bij sommige van die *middelen* punten worden behandeld, die volstrekt niet bij het vonnis zijn aangevoerd, acht ik mij verpligt, alvorens tot de *middelen* over te gaan, kortelijk den inhoud van het vonnis na te gaan.

„Het proces betreft eene vordering van de provincie tegen het nu eischend waterschap van eene zekere geldsom, als contributie wegens het onderhoud van de zeewaterkeerende dijken.

„Naar aanleiding van de beweringen van partijen, heeft de regtb. zich vier vragen ter beantwoording voorgesteld.

„De eerste vraag is deze: Is het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid, dat overeenkomstig het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, niet bij dagvaarding ten deze mag worden geprocedeerd, gegrond?

„Het antwoord hierop is ontkennend, omdat de eisch niet wordt gegrond op dat Kon. besluit, maar op het door den Koning goedgekeurde regl. voor het waterschap Oterdum, vastgesteld door de Staten van de provincie Groningen, den 22n Julij 1874.

„Tweede vraag: Kon het waterschap bij het regl. belast worden met de daarbij bedoelde contributie aan de provincie?

„Antwoord: Ja, want het betreft hier geene provinciale belasting, maar eene bijdrage tot onderhoud van waterschapswerken, welke de Provinciale Staten, ingevolge a. 192 der Grw. en 138 der Prov.-wet, kunnen opleggen.

„Derde vraag: Is het waterschap met de contributie belast? waarop wordt geantwoord, dat de provincie na 1874 van het waterschap moest ontvangen wat tot dien tijd door enkele ingelanden werd betaald.

„Bij het antwoord, eindelijk, op de vierde vraag, luidende: Is het gevorderde bedrag voldoende gejustificeerd, maakt het vonnis uit, dat volgens het regl. voor het waterschap Oterdum, waarop de eisch is gegrond, het waterschap moet betalen datgene wat tot de invoering van het regl. feitelijk van de dijkpligtigen werd geheven, onverschillig of dit met of zonder regt geschiedde, en dat het gevorderde bedrag door de overgelegde stukken in onderling verband beschouwd, voldoende is gejustificeerd.

„Het *eerste cassatie-middel* is gerigt tegen de verwerping van het *middel* van niet-ontvankelijkheid.

„Daaromtrent lezen wij in de 3e overw. *in facto* van het vonnis, dat het nu eischende bestuur heeft ontkend, dat de provincie Groningen, indien haar door het waterschap Oterdum de geëischte gelden werkelijk mogten zijn verschuldigd, het regt heeft die gelden te doen invorderen op de wijze, waarop zulks geschiedt bij gewone dagvaarding; — en in de 4e overw. *in facto*, dat daarop de eischer (nu verw.) bij conclusie van repliek heeft geantwoord, dat het gedaagde (nu eischende bestuur), wilde het de niet-ontvankelijkheid van den eisch beweren, niet volstaan kan met de algemeene ontkentenis van des eischers regt, maar in elk geval de redenen had moeten opgeven, waarom een eisch als de ingestelde, in deze niet zoude zijn toegelaten, zoodat op het hiertoe betrekkelijk *middel*, als zijnde niet met redenen bekleed, niet gelet mag worden.

„Volgens de 8e overw. (de 2e *in jure*) steunde het *middel*, blijkens de toelichting bij pleidooi gegeven, op de bewering, dat in deze niet bij dagvaarding mogt worden geprocedeerd, maar de invordering moest plaats hebben overeenkomstig het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, dat is door de ontvangers der directe belastingen, op de wijze bij gemelde belastingen gebruikelijk.

„De regtb. achtte deze bewering ongegrond en voegde

er in de 10e overw. (4e *quoad jus*) bij, dat gevolgelijk niet behoeft te worden onderzocht of het *middel* al dan niet voldoende met redenen is omkleed, zoodat m. i., wanneer de H.-R. het *cassatie-middel* mogt gegrond vinden, toch nog altijd dit punt door den *judex facti* zal behooren te worden onderzocht.

„De grond van verwerping van het *middel* van niet-ontvankelijkheid was deze, (9e overw., 3e *in jure*): dat de eisch niet gegrond was op het bedoelde Kon. besluit, maar op het regl. voor het waterschap Oterdum, vastgesteld door de Prov. Staten van de provincie Groningen 22 Julij 1874, goedgekeurd bij Kon. besluit van 17 Sept. 1874, n° 25. Door deze beslissing, wordt bij het *eerste middel* beweerd, dat geschonden is a. 5 van het Prov.-regl. van Groningen, vastgesteld op 27 Julij 1870 (*Prov. bl.* n° 91), zooals dit bij het hierboven vermeld Prov.-regl. is gewijzigd, in verband met gezegd Kon. besluit van 22 Julij 1822.

„Intusschen is m. i. de beslissing, dat de eisch niet is gegrond op het Kon. besluit, voor zoover die niet feitelijk is, volkomen gegrond. De wijze van verordening, zooals daarvan sprake is in het Kon. besluit, heeft betrekking op eene heffing van particuliere dijkpligtigen, terwijl hier eene heffing geschiedt van het waterschap, die eerst is vastgesteld bij het Prov. regl., en dus alleen daarop kan steunen.

„De grief van den nu eischer, dat de reglements-bepaling, houdende, dat op algemeene kosten van het waterschap wordt gedragen: „de thans door de provincie geheven wordende contributie wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken," onvatbaar voor toepassing, ja onverstaanbaar is, zonder te recurreren tot het Kon. besluit, waarbij die contributie zou zijn gevestigd, verliest alle gewigt, wanneer men niet aanneemt de uitlegging, die de eischer aan de woorden van het regl. meent te moeten geven, dat daarmede nl. zoude

bedoeld zijn de contributie, die bewijsbaar *regtens* bij de invoering van de reglementaire bepaling werd geheven, maar de opvatting van de regtb. deelt, dat de Prov. Staten alleen hebben willen fixeren het quantum der contributie op het bedrag, dat bij de vaststelling van het regl. geheven werd, zoodat onverschillig moet worden geacht of vóór het besluit der Staten de contributie met of zonder regt werd geheven (zie 21e en 22e overw., 15e en 16e *quoad jus*).

„Bij deze interpretatie (waarover bij een der volgende *middelen* gehandeld wordt) komt het alleen aan op feiten, niet op vroegere wettelijke regeling.

„Maar hoe dit ook zij, al is ook het regl. van 1874 niet te begrijpen zonder het Kon. besluit, onverschillig of de bedoeling van de reglements-wijziging is, dat de vroeger *wettig verschuldigde*, of wel de *feitelijk gehevene* contributie thans aan het waterschap is opgelegd, dat is zeker, dat *het waterschap* alleen tot betaling kon worden aangesproken en is aangesproken naar aanleiding en op grond van het regl. dat den last oplegde, en dat geene bijzondere wijze van invordering bepaalt.

„II. Bij het *tweede middel* worden als geschonden en verkeerd toegepast voorgesteld de a. 121, 143, 153 en 215 tot en met 225 Grw. van 1815, a. 1 *C.-N.*, het Souv. besluit van 18 Dec. 1813, n° 5, *St.* van 1814, n° 1, en het advies van den Franschen Staatsraad van 25 Prairial an XIII (*Bulletin* n° 48), een en ander in verband met het meermalen aangehaalde a. 5 van het regl. van het waterschap Oterdum en met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127. Het steunt hierop, dat de regtb. zou hebben aangenomen, dat op sommige landen of landeigenaren in de provincie Groningen is komen te rusten een last tot het betalen van coutributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken, welke last geen anderen oorsprong zou kunnen gehad hebben dan het Kon. besluit van 22 Julij 1822;

en nu is de grief, dat dit besluit is onverbindend, 1° omdat niet blijkt, dat dit besluit op eenige wettige wijze is afgekondigd, en 2° omdat op het besluit de Raad van State niet is gehoord.

„De grondslag van dit *middel* ontbreekt ten eenenmale. Bij het vonnis is volstrekt niet aangenomen, dat op sommige landen of landerijen is komen te rusten een last tot betaling van contributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken.

„De regtb. beslist enkel, dat door de Prov. Staten bij een prov. regl. aan een waterschap die contributie is opgelegd en dat de Staten bevoegd waren dit te doen. De stelling faalt dan ook geheel, dat de regtb. de zoogenaamde last op de landerijen zou gebaseerd hebben op het Kon. besluit van 22 Julij 1822. Dat Kon. besluit is, volgens het vonnis, geheel vreemd aan het tegenwoordig geding. Dit maakt de regtb. herhaaldelijk uit, zoowel bij de behandeling van het *middel* van niet-ontvankelijkheid (overw. 9, *in jure* 3) als bij die van de vierde vraag, die het vonnis beantwoordde (overw. 20 en 21, *in jure* 14 en 16.)

„Naar de verbindende kracht van het Kon. besluit is daarom ook natuurlijk geen onderzoek gedaan bij het beklaagde vonnis, al schijnt dan ook uit gezegde 20ᵉ overw. (14ᵉ *in jure*) te volgen, dat die verbindbaarheid bij den *judex facti* door den thans eischer is ter sprake gebragt. Ik acht het dus onnoodig de bezwaren tegen de geldigheid van het niet-toepasselijk verklaarde besluit nader te onderzoeken. Mogt de H.-R. naar aanleiding van een der andere *middelen* in de gelegenheid zijn te beslissen, dat de regtb. ten onregte het Kon. besluit ter zijde stelde, en tot die beslissing komen, dan zoude nog altijd dat onderzoek, ingevolge a. 424 B.-R. door den *judex facti* moeten geschieden.

„III. Bij het *derde cassatie-middel* wordt beweerd, dat de van het thans eischende waterschap, naar aanleiding van

a. 3 van het meergemeld Prov. regl. gevorderde contributie, al de kenmerken draagt eener provinciale belasting, die niet krachtens een door de Prov. Staten vastgesteld en slechts door den Koning bekrachtigd waterschaps-reglement kan worden geheven, maar om wettig te zijn bekrachtiging vereischt van de rijks-wetgevende magt.

„Daar het vonnis aan de contributie het karakter van provinciale belasting ontzegt, wordt schending en verkeerde toepassing beweerd van de a. 129, 131, 190, 191 en 193 der vigerende Grw., a. 116, 117 en 138 der Prov.-wet en dikwijls gemeld a. 5 van het Regl. voor het waterschap Oterdum. Ten betooge dat hier belasting bestaat, voert men aan, dat de werken tot wier onderhoud de contributie werd geheven, zoo vóór en na als tijdens de invoering der toegepaste reglements-bepaling, en bepaaldelijk gedurende den tijd, waarover de eisch loopt, waren in beheer bij de provincie, dat de kosten van onderhoud steeds op de begrooting der enkel provinciale en huishoudelijke uitgaven zijn gebragt als posten van uitgaaf, en daarentegen het provenu der nu van het eischend waterschap gevorderde contributie als provinciale inkomst.

„Ik wil aannemen, dat dit een en ander het geval is, al is het dan ook niet bij het beklaagde vonnis beslist, maar blijkens overw. 11 (5e *in jure*) j° overw. 3, uitdrukkelijk in het midden gelaten.

„Zeker is het, dat provinciale uitgaven ook uit belastingen worden bestreden, en dat de opbrengsten van provinciale belastingen ook als inkomst op de begrooting worden gebragt. Maar daarom wordt nog niet iedere provinciale uitgaaf *per se* bestreden uit belastingen en elke provinciale inkomst spruit niet uit belasting voort. Dit wordt door geen der a., bij het *middel* aangehaald, geleerd.

„De provincie kan buiten belastingen velerlei inkomsten hebben, om maar iets te noemen, uit vaste goederen b. v.

En nu is het niet genoeg, dat zekere opbrengsten eenige eigenschappen gemeen hebben met belasting om deze als zoodanig te doen beschouwen; de eischer zal uitdrukkelijk moeten aanwijzen dat het inderdaad zijn belastingen.

„En wat Prov. belastingen betreft, zij men wel indachtig, dat daarbij niet geldt de bepaling van a. 238 Gem.-w., waardoor zekere gemeente-inkomsten met belastingen worden gelijk gesteld. Blijkens de geschiedenis van dit a. heeft men daarbij de oplossing der staathuishoudkundige vraag, wat belasting is, in het midden gelaten.

„De vraag moet echter beantwoord worden bij het beoordeelen eener provinciale inkomst.

„Daaromtrent nu meen ik te mogen verwijzen naar twee conclusiën van mr. KARSEBOOM, voorafgegaan aan uwe arr. van 20 Junij en 5 Dec. 1865 (V. D. HON., *Strafr.* 1865, 303 en 533; *N. Rspr.* LXXX, 252 en LXXXI, 203), bijzonder ook naar de daar vermelde kenmerkende eigenschap die mr. DE BOSCH KEMPER (*Handl. tot de kennis van het Nederl. Staatregt*, III, 510) voor belasting stelt: „dat het geld geheven worde tot stijving der schatkist (hier der Prov. kas) tot voorziening in de *algemeene* behoeften en *niet tot een bijzonder doel*" en de definitie van mr. VISSERING (*Handboek*, bl. 360), dat belasting is de *algemeene* bijdrage, die de burgers aan den Staat opbrengen, tegenover de *algemeene* diensten, die de Staat aan de Maatschappij bewijst.

„En hier zijn de opgebragte gelden speciaal bestemd voor een bijzonder doel, nl. tot dijksonderhoud, en worden niet *algemeen* opgebragt, maar door degenen, die daarbij belang hebben.

„Men zie voorts over belasting de jurisprudentie aangehaald in mijne conclusie, voorafgaande uw arr. van 23 Oct. 1876 (V. D. HON., *G.-Z.* XXX, 173; *N. Rspr.* CXIV, 61.)

„Dat speciale opbrengsten voor waterschaps-belangen geen belastingen zijn, maakte de H.-R. *in terminis* uit bij het

arr. van 28 Junij 1872 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXVII, 298; *Rspr.* CI, 273.)

„Dit staat, dunkt mij, vast, nu de wet geenerlei definitie van prov. belasting bevat, dat geen der aangehaalde a. zijn geschonden of verkeerd toegepast, toen de regtb. aannam, dat hier geene zoodanige belasting bestond.

„IV. Het a. van het Regl., waarvan de interpretatie bij het *vierde cassatie-middel* wordt ter sprake gebragt, schrijft voor, dat op algemeene kosten door het waterschap wordt gedragen de thans door de provincie geheven wordende contributie wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken.

„De regtb. overwoog daaromtrent, dat de kennelijke bedoeling der wijziging is geweest om niet langer op bepaalde perceelen een bezwaar te doen rusten, wat ten laste van alle bij het onderhoud der zeewaterkeerende dijken belanghebbende gronden behoorde te komen; dat het ter bereiking van dat doel niet noodig was wijziging te brengen in den persoon aan wien de contributie moet worden betaald, wat dan ook niet is geschied, maar dat alleen deze wijziging tot stand kwam dat de provincie voortaan van het waterschap zou ontvangen, wat tot dusverre door enkele ingelanden was betaald.

„De eischer heeft met deze opvatting geen vrede en meent dat daardoor is geschonden en verkeerd toegepast het meermalen vermelde a. 5 van het Regl., in verband met de a. 190, 191 en 192 Grw., a. 138 der Prov.-wet, de a. 1449 en 1451 B.-W., het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, en de a. 215 tot 220 Grw. van 1815, omdat hij van oordeel is, dat het de bedoeling van de Prov. Staten bij de reglementaire bepaling is geweest, dat de ingelanden als vroeger blijven betalen, maar dat zij door het waterschap worden schadeloos gesteld.

„Ik kan niet aannemen, dat het Regl. die omslagtige wijze van administratie bedoeld heeft, maar geloof, dat de

uitlegging van de regtb. volkomen steun vindt 1° in den considerans van het wijzigende besluit, waarbij wordt gezegd, dat de verandering betrekking heeft *op de voldoening aan de provincie* der van eenige landen in dat waterschap geheven wordende contributie en *niet* (zooals het in het systeem van den eischer zou moeten zijn) op de vergoeding aan de ingelanden door het waterschap der van hen door de provincie geheven contributie; en 2° in den inhoud van de missive van Gedep. Staten van Groningen aan het waterschap Oterdum van 28 Nov. 1873, waarnaar het vonnis bij de 14° overw. (9° *in jure*) verwijst, en waarbij door deze voorstellers der reglements-wijziging als doel voor de verandering wordt opgegeven het wegnemen van de onbillijkheid, dat op *bepaalde perceelen* een bezwaar zou rusten, dat eigenaardig moet komen ten laste van de bij het onderhoud der bedoelde dijken belanghebbende gronden.

„Trouwens dat doel blijkt uit de geheele geschiedenis van de reglements-wijziging, blijkens de beraadslagingen der Prov. Staten zoowel daarover als over het Regl. van het waterschap Duurswold, dat ten deze als voorbeeld heeft gediend. Men zie de notulen der Staten van Groningen, winter-vergadering 1870, bl. 191, winter-vergadering 1873, bl. 101.

„Bij de ontwikkeling van dit *middel* en tot ondersteuning daarvan wordt nog de opmerking gemaakt, dat de provincie geene verandering heeft kunnen brengen in de verhoudingen tusschen de provincie en de dijkpligtige landen, zooals die berustten op het Kon. besluit van 22 Julij 1822.

„Ik vraag: waarom niet? Daargelaten dat bij een Kon. besluit het Prov.-regl. is goedgekeurd en dus in ieder geval het vroegere Kon. besluit zou moeten wijken voor het latere, is bij onze tegenwoordige Grw. in a. 192 en in verband daarmede, bij de Prov.-wet in a. 138 aan Prov. Staten de bevoegdheid gegeven in de bestaande inrigtingen en reglementen der waterschappen veranderingen te maken en nieuwe

vast te stellen; zij mogen dus ook regelen al wat daartoe behoort en opleggen of veranderen de publiek-regtelijke verpligting om in het vereischte onderhoud te voorzien, of de kosten daarvan geheel of gedeeltelijk te dragen.

„Dit laatste betreft ook de opmerking, dat de provincie geen vorderingsregt van de provincie tegen het waterschap zou kunnen vestigen. Bij geen der aangehaalde a. is direct of zijdelings verboden, dat de provincie in het publiek belang de heffingen mag doen, zooals die hier geschieden.

„V. De strekking van het *vijfde middel* is mij niet regt duidelijk. Er wordt daarbij gesteld, dat de contributie van het waterschap slechts kan bestaan uit datgene, wat onder vroegere toestanden de onder het waterschap thans ressorterende dijkpligtige landen of ingelanden regtens aan de provincie verschuldigd waren, zoodat, indien mogt blijken, dat geene schuldpligtigheid aan de provincie bestond, het eischend waterschap ook niets aan de provincie is verschuldigd kunnen worden; dat als moest worden aangenomen (en dit is m. i. ontegenzeggelijk bij het vonnis geschied) dat het Regl. van 1874 eene schuldpligtigheid heeft gevestigd voor het waterschap, om zooveel aan de provincie te betalen als van de bedoelde landen feitelijk, te regt of ten onregte, tot aan het in werking treden van het Regl. werd geheven, dan zou moeten vast staan dat zooveel werd geheven als is toegestaan.

„Het schijnt dus hier eenigzins te betreffen eene klagte over gebrek aan motivering.

„De daarop betrekkelijke a. zijn echter niet aangehaald; alleen wordt beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 5 van het in 1874 gewijzigde Regl., zoo noodig in verband met het besluit van 22 Julij 1822 en a. 1902 en 1903 B.-W.

„De regtb. is van oordeel, dat door de woorden van het Regl.: „de thans door de provincie geheven belasting" alleen

wordt gezien op den feitelijken toestand, onverschillig of de heffing plaats had met of zonder regt.

„In zoover de aanhaling in het *middel* van a. 5 van het Regl., en de aanvang van de ontwikkeling van het *middel* in de dagvaarding in cassatie mogt ten doel hebben de juistheid van de interpellatie van de regtb. aan een onderzoek te onderwerpen, moet ik verklaren, dat ik die uitlegging zeer juist acht.

„Het Regl. legt aan het waterschap op de betaling der thans geheven wordende belasting. Het blijkt niet, dat er vroeger ooit door de eigenaren der dijkpligtige perceelen, tot de invoering van het Regl., over de wettigheid der heffing is geklaagd. Maar al ware dit ook het geval, dit doet niets ter zake. Het Regl. schept dan de verschuldigdheid van wat vroeger werd uitgeschreven en als verschuldigd ingevorderd. En dit kon het Regl. doen, want, zooals het vonnis teregt opmerkt in de 11e en 12e overw. (5e en 6e *in jure*), de Prov. Staten ontleenen aan a. 192 Grw. en 138 der Prov.-wet de bevoegdheid om onder goedkeuring des konings, die in deze is verkregen, in de bestaande inrigtingen en reglementen der waterschappen veranderingen te maken en nieuwe vast te stellen, en die bevoegdheid om nieuwe reglementen vast te stellen sluit in zich de bevoegdheid om alles te regelen wat daartoe behoort, en dus ook het opleggen der publiekregtelijke verpligting om in het vereischte onderhoud te voorzien of om geheel of gedeeltelijk bij te dragen tot onderhoud van waterkeerende werken, die in het belang strekken van het waterschap. Wij merkten dit reeds bij de behandeling van het vorige *middel* op.

„En het bedrag der op te brengen som is in overw. 26 (20 *in jure*) verklaard behoorlijk gejustificeerd door de geproduceerde stukken. Over de wettigheid der bewijsmiddelen handelt het *achtste middel*. Noch a. 5 voornoemd, noch de a. 1902 en 1903 B.-W. zijn dus geschonden of verkeerd toegepast.

„Bij de behandeling van dit *middel* is breed uitgemeten een schijnbare strijd tusschen twee beslissingen in het vonnis. In hoever, indien die strijd bestond, dit aanleiding zoude kunnen geven tot cassatie, en wel op grond der aangehaalde a., meen ik in het midden te kunnen laten, daar die twee beslissingen m. i. zeer goed met elkander in overeenstemming kunnen gebragt worden, als men niet enkel aan de woorden, waarin zij vervat zijn, blijft hangen.

„Zooals ik reeds vermeldde besliste de regtb. in de 21e en 22e overw. (15e en 16e *in jure*) dat de Staten door de bepaling van a. 5 alleen hebben willen fixeren het quantum der contributie op het bedrag dat ten tijde der vaststelling van het Regl. geheven werd; dat met het oog hierop het onverschillig moet worden geacht of vóór het besluit der Staten de contributie met of zonder regt werd geheven, in ieder geval *een onderzoek daaromtrent in dit geding niet te pas komt.* Dit was ter gelegenheid van de refutatie van het beweren van den nu eischer, dat de Kon. besluiten van 22 Julij 1822 en 30 Aug. 1826 geene verbindende kracht hadden.

„In de 27e overw. (21e *in jure*) wordt bestreden de ontkentenis van het nu eischende waterschap, dat de thans geëischte gelden tijdens de invoering van het regl. van 1874, zij het dan ook slechts feitelijk en zonder regt door de provincie van derden *werden ontvangen* op dezen grond: „dat de Staten kennelijk met de thans *geheven wordende* contributie, bedoelden de thans verschuldigde contributie, en de verschuldigdheid niet vervalt door het niet betalen van het verschuldigde door den debiteur."

„De redactie van deze overweging is m. i. minder correct, maar het lijdt bij mij geen twijfel, ook met het oog op het verband en den zamenhang van het geheele vonnis, dat hier met *verschuldigde* contributie niets anders kan bedoeld zijn en bedoeld is dan de contributie, die tot 1874 door de provincie

te regt of ten onregte als verschuldigd werd beschouwd, die als zoodanig werd uitgeschreven en gevorderd, al werd die dan ook niet door alle schuldpligtigen betaald.

„VI. Bij het *zesde middel* worden als geschonden en verkeerd toegepast voorgesteld het meergemelde a. 5 van het Prov. Regl., in verband met de a. 215 tot en met 220 der Grw. van 1815, en de Kon. besluiten van 22 Julij 1822, n° 127, 30 Aug. 1826, n° 162, en 15 Mei 1830, n° 142, alsmede de a. 1902 en 1903 B.-W., zulks door het nu eischend waterschap te veroordeelen tot betaling van hetgeen door de provincie bij introductieve dagvaarding was geëischt, ofschoon tijdens de reglementswijziging van 1874 aan haar geen contributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken *verschuldigd* was.

„Wij zagen bij de behandeling van het vorige *middel* dat de regtb. van oordeel was dat een onderzoek naar de vraag, of tijdens de invoering van het Regl. aan de provincie de bedoelde contributie was *verschuldigd*, of die te regt of ten onregte werd geheven, *niet te pas kwam*, zooals dit dan ook in het stelsel van de regtb. onnoodig was. Dit regtspunt is dus niet onderzocht. De vicieuse beslissing zou moeten zijn dat vroeger de contributie *regtens verschuldigd was.* Deze is echter door de regtb. niet genomen. Mogt de H.-R., niet instemmende met de meening van de regtb., op grond van het *vijfde* of eenig ander *middel*, het onderzoek naar dit punt noodig vinden, dan zal het geding naar aanleiding van a. 424 B.-R., moeten gerenvoyeerd worden. Het onopgeloste regtspunt kan nu niet door den Raad behandeld worden, en ik zal dus verder over het *middel* zwijgen.

„VII. Dezelfde opmerking betreft het *zevende middel*, dat de stelling bevat, dat de beweerde voorgangers van het waterschap in de schuldpligtigheid, daarvan regtens al vóór de reglementswijziging van 1874 zouden zijn ontheven door het niet meer bestaan der voorwaarden, waaronder alleen volgens

het Kon. besluit van 1822 de heffing kon worden voortgezet.

„Nu er geen onderzoek is gedaan naar de wettigheid der vroegere heffingen is natuurlijk dit punt, indien het al bij den *judex facti* is ter sprake gebragt, — waarvan niet blijkt, — door de regtb. niet behandeld, en kan dus ook nu niet door den H.-R. opgelost worden.

„VIII. Het laatste *middel* betreft het bewijs van het door het waterschap verschuldigde bedrag.

„In de eerste plaats komt men op tegen de beslissing in de 23e overw. (17e *i. j.*) dat het tegenwoordig waterschap Oterdum is zamengesteld uit de voormalige dijkregten van Oterdum, Heveskes, Borgsweer en Lalleweer, behalve een gedeelte van Heveskes en Borgsweer.

„Dit is, zegt men, door het nu eischend waterschap ontkend, en de apodiktische verkondiging dier stelling kan niet subintreren voor het bewijs hetwelk, naar de uitdrukkelijke bepaling van a. 1902 B.-W., vereischt wordt voor de toewijzing van elke vordering.

„A. 1902 bepaalt, dat ieder die zich op een feit tot staving van zijn regt beroept, dit moet bewijzen. Maar volgt nu uit de beslissing van de regtb., dat dit niet is geschied? Integendeel, de regtb. neemt het als bewezen aan. De grief is dan eigenlijk ook alleen, dat de stelling van de regtb. niet voldoende met redenen is omkleed. Maar dan had men, wilde men eenige kans van slagen hebben, zich niet moeten beroepen op a. 1902 B.-W., maar op de a. die van het motiveren van vonnissen spreken, en die zijn niet aangehaald.

„Op deze beslissing, waardoor het aangehaalde a. niet is geschonden, doorredenerende, neemt de regtb. verder aan in de overw. 24 en 25 (18 en 19 *i. j.*) dat zijn overgelegd registers van de dijkpligtige landen onder die Dijkregten gelegen, over de daarbij opgegeven jaren, en registers van ontvang der provinciale fondsen van Groningen over de diensten 1864 tot en met 1874; dat uit die stukken, *tegen wier echtheid en veridi-*

citeit door den gedaagde geen enkele bedenking is aangevoerd, en welke registers van dijkpligtige landen *althans eenigermate* geacht kunnen worden afkomstig te zijn van de regtsvoorgangers van gedaagde (nu eischer), *luce clarius* blijkt, dat de contributie tot onderhoud der waterkeerende dijken per jaar bedroeg, zooals daarbij verder is opgegeven, — terwijl voorts in de 26e overw. (20 *i. j.*) wordt overwogen dat door die stukken in onderling verband en zamenhang, het gevorderde cijfer voldoende is gejustificeerd. Deze laatste overw. klinkt zoo feitelijk, dat het werkelijk moeijelijk schijnt daartegen eenig *cassatie-middel* te doen gelden. De eischer beweert echter dat om aan de registers van dijkpligtigen bewijskracht tegen het waterschap toe te kennen, het zoude moeten vaststaan, dat zij afkomstig zijn van zijne auteurs. Ik vraag: waaruit volgt, dat dit niet het geval is? Bij de zamenstelling van het waterschap Oterdum, zooals die door de regtb. is aangenomen, zou ik van oordeel zijn dat dit werkelijk zoo was. Dat de regtb. overweegt dat die registers *eenigermate* kunnen geacht worden afkomstig te zijn van de regtsvoorgangers van den nu eischer, is voorzeker daaraan te wijten, dat een gedeelte der vroegere Dijkregten bij andere waterschappen is ingedeeld, en de registers in zooverre niet afkomstig zijn van de auteurs van het waterschap Oterdum. Maar bovendien, het blijkt niet, dat de bewijskracht dier stukken bij den *judex facti* op eenigerlei wijze is betwist; daarentegen wordt uitdrukkelijk uitgemaakt, dat de echtheid niet alleen, maar ook de veridiciteit tot geenerlei bedenking heeft aanleiding gegeven, dat de waarheid der in die stukken vermelde feiten is erkend, althans niet ontkend, en nu moge al ontkend worden, dat vroeger *iets* regtens verschuldigd was, of ook dat alles wat gevorderd werd, werd betaald, in haar systeem kon de regtb. op grond der door de registers bewezene feiten, die niet weersproken zijn, aannemen, dat *geheven* werd, dat is dat als verschuldigd werd beschouwd en gevorderd, wat in de registers

werd vermeld, en noch de a. omtrent het bewijs, noch die omtrent de verbindtenissen uit overeenkomst geboren, noch a. 1395 B.-W., allen bij het *middel* als geschonden of verkeerd toegepast voorgesteld, zijn door deze bewijsvoering eenigermate getroffen.

„Maar de eischer beroept zich nog bij het *middel* op a. 17 der wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, thans aannemende wat bij het *derde middel* werd bestreden, dat hier eene zoodanige praestatie bestaat, als waarvan bij die wet de rede is.

„Volgens dat a., beweert men, moet de schuldpligtigheid worden bewezen op zoodanige wijze als met de reglementen van ieder der in evenvermelde wet vermelde collegies (waartoe de voormalige Dijkregten zouden behooren) overeenstemt.

En nu ontbreekt, volgens den eischer, het bewijs, dat ingevolge die reglementen de registers bewijskracht hebben.

„Maar dat is niet genoeg om in cassatie te slagen. Men zal de reglementaire bepalingen moeten aanhalen, waaruit blijkt, dat de bewijsmiddelen, die hier zijn gebezigd, niet zijn geoorloofd en geen bewijskracht hebben, en dat is niet geschied; daargelaten, dat het hier niet betreft de pligtigheid van de waterschapslasten, maar alleen de vraag naar het bedrag der vroegere heffingen.

„Geen der voorgestelde *cassatie-middelen* acht ik gegrond, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van het eischend waterschap in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz;

„Wat betreft het *eerste middel* van cassatie: beweerde schending van a. 5 van het Regl. van het waterschap Oterdum, vastgesteld bij besluit van de Staten der provincie Groningen van 27 Julij 1870, *Prov. bl.* n° 91, zoodanig als dit is gewijzigd bij besluit dier Staten van 22 Julij 1874, *Prov. bl.* n° 56, in verband met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, door toe te wijzen eene vordering tot betaling van

dergelijke contributie als hier ten verzoeke van den Commissaris des Konings in de provincie Groningen is gedaan bij gewone dagvaarding, terwijl had moeten zijn geprocedeerd op de wijze bij de directe belastingen gebruikelijk en door de betrokken ontvangers dier belastingen;

„O. dat, zooals teregt bij het aangevallen vonnis is beslist, de eisch dien het hier geldt niet is gegrond op het Kon. beslnit van 22 Julij 1822, n° 127, maar op het Regl. bij het *middel* vermeld, zijnde dat Regl. gegrond op a. 192 Grw. en a. 138 Prov.-wet;

„O., dat hierom nopens de wijze van invordering niet meer kan gelden wat bij een Kon.-besluit, dat het onderwerp vroeger regelde, was voorgeschreven, en geene bepaling uit het regl. zelf is aangehaald die dusdanig voorschrift, als waarop beroep wordt gedaan, zou bevatten;

„O., dat alzoo het *eerste middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Wat betreft het *tweede middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van de a. 121, 143, 153 en 215 tot en met 225 Grw. van 1815, a. 1 *C.-N.*, het Souv. besluit van 18 Dec. 1813, n° 5, *St.* 1814 n° 1, en het advies van den Franschen Staatsraad van 25 Prairial an XIII, *Bulletin* n° 48, een en ander in verband met het bij het *eerste middel* aangehaald gewijzigd a. 5 van het regl. voor het waterschap Oterdum en met het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127;

„O., dat dit *middel* daarop berust dat, waar is aangenomen dat op sommige landen of landeigenaren is komen te rusten een last tot het betalen van contributie wegens het onderhond van zeewaterkeerende dijken, die last geen anderen oorsprong zou kunnen hebben dan het Kon.-besluit van 22 Julij 1822, n° 127, en dit besluit naar vorm en inhoud was onverbindend, omdat:

„1° niet blijkt dat dit besluit, hetwelk niet in het *Staats-*

blad is geplaatst, op eene der in het aangehaalde advies van Prairial an XIII voorgeschreven wijzen ter kennis van belanghebbenden (ingelanden) is gebragt;

„2° onder vigueur der Grw. van 1815 zoodanige last niet bij eenvoudig Kon. besluit kon worden opgelegd, zeer zeker althans niet bij een Kon. besluit waarop de Raad van State niet was gehoord, terwijl niet blijkt, dat op het onderwerpelijk beluit het advies van dien Raad is ingewonnen;

„O., dat bij het vonnis teregt is beslist, dat de contributie, waarvan in deze sprake is, bepaald is bij regl., afkomstig van de Staten der provincie en door den Koning goedgekeurd, alles overeenkomstig en uit kracht van de reeds op het *eerste middel* aangehaalde bepaling der Grw. en der Prov.-wet; voorts dat de bevoegdheid om nieuwe reglementen vast te stellen, tevens in zich bevat de bevoegdheid om alles te regelen wat daartoe behoort en dus ook het opleggen aan ingelanden om geheel of ten deele bij te dragen tot onderhoud van waterkeerende werken;

„O., dat volgens die beschouwing der regtb. er geene sprake kon zijn van verpligtingen afgeleid uit het Kon. besluit van 1822, of van de verbindende kracht van dat besluit, zoodat ook uit dezen hoofde het *middel* niet kan opgaan, en alzoo het geheele *middel* is onaannemelijk;

„Wat betreft het *derde middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van de a. 129, 131, 190, 191 en 192 der vigerende Grw., de a. 116, 117 en 138 der Prov.-wet van 6 Julij 1850, *St.* n° 39, en dikwijls gemeld a. 5 van het Regl. voor het waterschap Oterdum, zooals dat later is gewijzigd;

„O, dat dit *middel* daarop rust, dat de thans van het eischend waterschap gevorderde contributie zou zijn een *jure publico* geheven geldelijke praestatie ten behoeve van de provincie, bestemd om, gedeeltelijk althans, te voorzien in de uitgaven der provinciale huishouding, en al de kenmerken

draagt eener provinciale belasting, die niet krachtens een door de Prov. Staten vastgesteld en slechts door den Koning bekrachtigd waterschaps-reglement kan worden geheven, maar, om wettig te zijn, bekrachtiging vereischt door de rijks wetgevende magt;

„O., dat het hier geldt bijdragen tot onderhoud van waterkeerende werken, waarbij het waterschap belang heeft; dat het opleggen van zoodanige bijdragen door de Prov. Staten bij waterschaps-reglement een gevolg is van de aan de Staten toegekende bevoegdheid om reglementen voor het waterschap te maken, en dus van de hun toegekende wetgevende bevoegdheid ten deze, die eene andere is dan de bevoegdheid hun toegekend bij a. 129 Grw.; dat alle denkbeeld alsof zoodanige bijdragen zouden zijn prov. belastingen reeds hierdoor vervalt, en meer bepaaldelijk daardoor, dat deze naar a. 116 der prov. wet moeten dienen tot dekking van provinciale en huishoudelijke behoeften, waartoe niet kunnen geacht worden te behooren behoeften en belangen van een waterschap;

„O., dat alzoo ook het *derde middel* is onaannemelijk;

„Wat betreft het *vierde middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van het regl. voor het waterschap Oterdum meergemeld en gewijzigd als mede is gemeld, speciaal van a. 5, zooals het is gewijzigd, zulks voor zooveel noodig in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 190, 191 en 192 der vigerende Grw., a. 138 der Prov.-wet, de a. 1449 en 1451 B.-W., het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, en de a. 215 tot 220 Grw. van 1815;

„O., dat dit *middel* daarop berust, dat het bestreden vonnis ten onregte uit meergemeld a. 5 zou hebben afgeleid, dat daarbij aan het nu eischend waterschap is opgelegd de verpligting om aan de provincie te betalen de aldaar omschreven bij introductieve dagvaarding van het waterschap gevorderde contributie, terwijl dan ook het waterschaps-regle-

ment geene wijziging heeft gebragt of kunnen brengen in de op het Kon. besluit van 22 Julij 1822, n° 127, berustende betrekking tusschen de provincie en de in haar systeem dijkpligtige binnen het waterschap gelegen landen;

„O., dat ook hier het *middel* afstuit op hetgeen reeds een en andermaal is opgemerkt, dat de eisch is gegrond op het Reglement en hiernaar moet worden beoordeeld;

„dat dan ook ten onregte bij dit *middel* wordt beweerd, dat alsnog het in vroegeren toestand tot stand gekomen besluit ten deze tot rigtsnoer zou moeten dienen, anders dan waar zich het Regl. tot het fixeren van quantum der contributie, die tijdens de vaststelling van het Regl. geheven werd, kan geacht worden te beroepen;

„O., dat hierom ook het *vierde middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Wat betreft het *vijfde middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van meergemeld a. 5 van het Regl. in voege gewijzigd, in verband, zoo noodig, met het Kon.-besluit van 22 Julij 1822, n° 127, benevens de a. 1902 en 1903 B.-W.;

„O., dat dit *middel* daarop berust, dat, indien geene schuldpligtigheid van de bedoelde landen of ingelanden aan de provincie bestond, het nu eischend waterschap ook niets aan de provincie verschuldigd is kunnen worden, maar dat, al moet ook worden aangenomen dat het Regl. heeft kunnen vestigen en *reverâ* gevestigd heeft eene schuldpligtigheid van het nu eischend waterschap om aan de provincie te betalen zoodanige contributie als door haar niet regtens, maar bloot feitelijk van onder het waterschap ressorterende landen of ingelanden wegens het onderhoud der zeewaterkeerende dijken geheven werd, dan nog altijd tot toewijzing van de ingestelde vordering zou moeten vaststaan, dat feitelijk door de provincie zooveel werd geheven als bij introductieve dagvaarding door haar van het waterschap gevorderd is;

„O. dat, voor zooverre dit *middel* daartoe strekt dat het meergemelde a. 5 van het waterschaps-reglement onderstelt contributiën die vóór 1874 wettiglijk verschuldigd waren, bij het aangevallen vonnis teregt het onderzoek dienaangaande onverschillig is geoordeeld, daar, overeenkomstig het met betrekking tot het *vierde middel* overwogene, bij het regl. alleen werd beoogd de fixatie van het vroeger feitelijk geheven bedrag, onaangezien de al of niet regtmatigheid daarvan;

„O. dat, voor zooverre het *middel* de vraag betreft of de hoegrootheid van het feitelijk vroeger geheven cijfer is bewezen, deze nader bij de volgende *middelen* wordt ter sprake gebragt en dus hier kan worden voorbijgegaan;

„O., dat alzoo ook het *vijfde middel* geen grond kan geven tot cassatie;

„Wat betreft het *zesde middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van het gewijzigd a. 5 meergemeld, in verband met de a. 215 tot en met 220 Grw. van 1815 en de Kon. besluiten van 22 Julij 1822, n° 127, 30 Aug. 1826, n° 162, en 15 Mei 1830, n° 142, alsmede de a. 1902 en 1903 B.-W., sulks door het nu eischend waterschap te veroordeelen tot betaling van hetgeen door de provincie bij introductieve dagvaarding was geëischt, ofschoon tijdens de reglements-wijziging van 1874 aan haar geene contributie wegens het onderhoud van zeewaterkeerende dijken verschuldigd was;

„O., dat dit *middel* daarop berust dat, bijaldien de zin der bepaling van a. 5 is: dat het waterschap zou zijn belast met de voldoening der alvorens aan de provincie wettig verschuldigde contributiën, en wel door dijkpligtige landen onder het nu eischend waterschap ressorterende, in dat geval moet worden aangenomen, dat de contributie niet wettig aan de provincie Groningen verschuldigd kon wezen, wanneer niet het beheer en de voorziening der zeewaterkeerende dijken, tot onderhoud waarvan de contributie was bestemd, wettig aan

haar was opgedragen en alsnog wettig bij haar berustte; — dat intusschen die opdragt is geschied bij het Kon. besluit van 30 Aug. 1826, n° 162, doch zoodanig besluit, om onder vigueur der Grw. van 1815 wettig te wezen, niet dan na ingewonnen advies van den Raad van State genomen kon worden en daarvan *in casu* niet blijkt, terwijl voorts, al ware de in 1826 gedane opdragt van beheer aan de provincie toenmaals formeel en materieel wettig, die opdragt sedert het jaar 1830 regtens was vervallen en dus ten jare 1874 aan de provincie geene contributie als attribuut of aequivalent van dat niet meer wettig beheer verschuldigd kon wezen;

„O., dat het *middel* alleen zou kunnen opgaan, wanneer niet, zooals dit door de regtb. is gedaan, aan a. 5, litt. *e* van het regl. de zin en beteekenis moet worden gegeven, dat de Staten daarbij alleen hebben willen fixeren het quantum der contributie op het bedrag, dat ten tijde der vaststelling van de wijziging van a. 5 geheven werd, maar daarentegen de zin en beteekenis deze zou zijn, dat ware bedoeld het quantum van de wettig verschuldigde contributiën door dijkpligtige landen onder het nu eischend waterschap ressorterende;

„O. intusschen, dat de gebezigde woorden van het a. niet kunnen leiden tot eene zoo gestrenge opvatting dat, alvorens de bepaling gevolg zou kunnen hebben, volledig zou moeten worden aangetoond wat tot dusverre door elk perceel, waarop het betrekking kon hebben, wettiglijk was verschuldigd geweest;

„O., dat daarentegen alle grond bestaat om met de regtb. aan te nemen, dat enkel kan zijn bedoeld, tot vaststelling van wat in het vervolg zou verschuldigd zijn, als rigtsnoer te nemen datgeen wat tot dusver door de provincie als contributie daar bedoeld feitelijk en metderdaad werd geheven;

„O., dat dit dan ook als volkomen voldoende kan worden aangemerkt om als billijke maatstaf te dienen voor hetgeen

de Staten bedoelden te bepalen, omdat bij de volledige bevoegdheid, om welk quantum ook onder de vereischte goedkeuring te bepalen, die aangegeven maatstaf geen andere was dan een dien zich de Staten zelve tot het vinden van het als benoodigd aan te nemen cijfer stelden en konden stellen;

„O., dat hierom dan ook het al of niet verbindende van de bij het *middel* aangehaalde Kon. besluiten ter zake niet afdoet, en dat dit *zesde middel*, op grond van een en ander, niet is aannemelijk;

„Wat betreft het *zevende middel* van cassatie beweerde schending en verkeerde toepassing derzelfde wetten en besluiten als bij het voorgaand *middel* aangehaald, omdat de beweerde voorgangers van het waterschap in de schuldpligtigheid daarvan regtens reeds vóór de reglements-wijziging van 1874 zouden zijn ontheven door het niet meer bestaan der voorwaarden, waaronder alleen, volgens het Kon. besluit van 1822, de heffing kan worden voortgezet;

„O., dat ter wederlegging van dit *middel* gelden dezelfde beschouwingen als waarop het *tweede* en *vierde middel* zijn ongegrond geoordeeld;

„dat dus, aangenomen dat genoemd Kon. besluit, indien de vordering daarop was gegrond geworden, door het vervallen der bedoelde voorwaarden zijne kracht zoude kunnen geacht worden te hebben verloren, de onderwerpelijke actie uitsluitend het door de Staten zelfstandig vastgestelde regl. tot grondslag heeft, zoodat ook dit *zevende middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Wat betreft het *achtste middel* van cassatie, beweerde schending of verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903, 1907, 1911, 1912, 1917, 1918 en 1920 B.-W., in verband met de a. 1351 tot en met 1353, 1378 en 1395 van hetzelfde Wetb., de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, vooral de a. 3 en 17 daarvan, en het dikwijls aangehaalde a. 5 van het regl. van het eischend waterschap, zooals het in 1874

is gewijzigd, omdat ten onregte, om het bij introductieve dagvaarding gevorderd bedrag te justificeeren, bij het aangevallen vonnis bewijskracht is toegekend aan een aantal als registers van dijkpligtige landen onder de voormalige dijkregten van Oterdum, Heveskes, Borgsweer en Lalleweer gequalificeerde stukken; voorts omdat, ook al ware bewezen dat het waterschap de door het vonnis aangenomen dezerzijds ontkende zamenstelling had, de bewuste vier voormalige dijkregten nog geenszins zouden kunnen gelden als regtsvoorgangers van het tegenwoordige waterschap Oterdum, zooals het thans als een geheel is geconstitueerd; eindelijk omdat in allen gevalle de contributie ten processe bedoeld, kennelijk is eene zoodanige praestatie, als waarvan de rede is in de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, en bijgevolg op het bewijs van gehoudenheid tot die praestatie toepasselijk is a. 17 van die wet, en dus zou moeten blijken dat de bedoelde registers waren gegrond in- en gehouden overeenkomstig de reglementen der voormalige dijkregten, doch elk bewijs hieromtrent ten processe ontbreekt;

»O., dat ook hier geldt wat bij de behandeling van vorige *middelen*, met name van het *zesde*, is aangevoerd, dat namelijk de Staten, bepalende wat op algemeene kosten van het nieuw opgerigte waterschap zou worden gedragen, niet hebben op het oog gehad wat volkomen bewijsbaar regtens tot dusver als contributie was verschuldigd geweest, maar alleen het vinden van een billijken maatstaf voor hetgeen in het vervolg op algemeene kosten als bijdrage zou worden opgebragt;

»O., dat bij deze beschouwing het niet daarop aankomt of de hoegrootheid van het bedrag dat vroeger werd geheven en van elk onderdeel daarvan door wettige bewijsmiddelen zij gestaafd, maar dat het voorzeker meer is dan in regte tot verdediging der gemaakte bepaling kan worden gevorderd, wanneer, zooals hier is geschied, is aangetoond dat, ter bekoming van den gewenschten maatstaf, de bestaande registers

van de in het nieuwe waterschap opgeloste vroegere waterschappen zijn gebezigd;

»O., dat uit een en ander volgt dat de vraag of de bedoelde registers al of niet bewijskracht in regte zouden hebben kunnen opleveren, bijaldien het bewijs mogt worden vereischt van hetgeen vroeger wettig verschuldigd was, niet in aanmerking kan komen waar is geoordeeld, dat teregt door de regtb. is aangenomen, dat die maatstaf niet die is waarop zich de Staten hebben gegrond;

»O., dat alzoo het *achtste* en laatste *middel* van cassatie is onaannemelijk;

»Verwerpt de voorziening;

»Verwijst het eischend waterschap in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1643. — Arrest van 6 Junij 1879.

(Koloniaal appèl.)

(A. 119 en 124 Reg.-Reglement v. Suriname. — Publ. Gouv.-G. v. Ned.-W.-Indie, v. 22 Febr. 1841, *Gouv.-bl. n°* 8.)

Is de regterlijke magt bevoegd te beoordeelen of de uitvoerende magt, aan wie bij wettelijke verordening is overgelaten omtrent kortingen op tractementen van ambtenaren naar goedvinden te beslissen, te regt of ten onregte heeft gehandeld? — Ja.

Voor den app., het Koloniaal Gouvernement, vertegenwoordigd door den Proc.-G. der Kolonie Suriname, app. van een vonnis van het Hof van Justitie van 3 Mei 1878, is door den Proc. Mr. C. J. François, onder voorbehoud der mondelinge adstructie, het hooger beroep beperkt tot de quaestie der onbevoegdheid van den burgerlijken regter, concluderende dat, met vernietiging van het hooger beroep en van het aangehaalde vonnis, de H.-R. alsnog zal toewijzen de in eersten aanleg voorgestelde exceptie van onbevoegdheid des regters, met veroordee-

ling van den geïntim. in de kosten van eersten aanleg en hooger beroep.

De geïntim. A. C. C., eischer in eersten aanleg, heeft eene vordering ingesteld tegen het Koloniaal Gouv. in Suriname.

De vordering strekt in substantie daartoe, dat hem zal worden uitbetaald $^{1}/_{4}$ van zijn tractement ad *f* 21,25 per maand sedert Juli 1875, wederregtelijk ingehouden en aan anderen uitbetaald, krachtens resolutie van den Gouv. van 31 Julij 1875, litt. *a.* n° 14.

Het is niet de quaestie of de geïntim. in 't algemeen regt heeft op tractement, noch hoe groot dat tractement is, het is alleen eene quaestie over uitbetaling, en in zooverre acht geïntim. de regterlijke magt volkomen competent.

Maar het Gouvernement beweert het bedoelde $^{1}/_{4}$ tractement wettiglijk uitbetaald te hebben aan des geïntim. crediteuren, en dat het, zoo handelende, gebleven is binnen de grenzen zijner administratieve bevoegdheid, en dat het dientengevolge den geïntim. niets meer schuldig is.

Het Gouvernement beroept zich daartoe op de Publicatie van 22 Febr. 1841, (*Gouv.-bl.* n° 3).

De geintim. voert daartegen aan dat het Gouvernement uit het oog verliest dat de Publicatie, welke in hoofdzaak overeenkomt met de Nederl. wet van 24 Jan. 1815, *St.* n° 5, geenszins de strekking kan hebben om de administratieve magt te maken tot regter in zake van schuldvordering, hoedanige zaken bij uitsluiting aan de kennisneming en beslissing van de regterlijke magt zijn opgedragen.

„Wel geeft (zoo vervolgt des geïnt^{s} memorie van antwoord) a. 2 der Publicatie den Gouverneur het regt ten aanzien eener gevraagde korting zoodanig te beslissen als bevonden zal worden te behooren, maar het geeft dit regt alleen „na onderzoek," en dit kan, met het oog op de den burgerlijken regter uitsluitend opgedragen bevoegdheid, niet anders beteekenen dan dat de Gouverneur vooraf heeft te onderzoeken of hij, tegen wien de kor-

ting wordt gevraagd, het bestaan der beweerde schuldvordering *erkent*, als wanneer hij geacht moet worden in de korting toetestemmen.

„Zóó werd deze Publicatie dusverre in Suriname begrepen. Het Gouvernement heeft nooit korting toegestaan dan voor schulden die tusschen crediteur en debiteur waren *in confesso*. Zóó wordt ook de wet van 24 Jan. 1815, *St.* n° 5, in Nederland opgevat. Korting op een tractement voor eene schuldvordering, die door den pretensen debiteur wordt betwist, ware iets ondenkbaars.

„Ware hierop ééne uitzondering toegelaten, het zoude zijn als de deugdelijkheid der vordering blijkt bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis, mogelijk ook bij authentieke acte met executoire kracht; maar noch van het een noch van het andere is hier de rede.

„Het mag dus bevreemding baren het Gouvernement nu te hooren beweren, dat dit geding voor de Regering zoo belangrijk is, omdat het weten moet hoe het in het vervolg handelen moet.

„Het Gouvernement vergat daarbij, dat het tot dit geding zelf aanleiding gaf door aftewijken van den weg, door de Gouv[s] zelve bij de beslissingen over gevraagde kortingen tot dusverre altijd gevolgd.

„Waarom het Gouvernement in deze eene afwijking van den steeds gevolgden weg gemaakt heeft, is den geïutim. onbekend.

„Hij mag toch niet veronderstellen, dat het zich die afwijking heeft veroorloofd omdat het de Weeskamer (en dus eigenlijk het Gouvernement zelf) was, die de korting vroeg, want dan zou de Gouverneur zich niet alleen hebben bewogen op het terrein van den regter, maar bovendien zich burgerlijke regtspraak aangematigd in des Gouvernements eigene zaak.

„Er is ten processe volstrekt geen bewijs voorhanden, dat de Gouverneur het onderzoek, bij a. 2 der Publicatie gevorderd, vooraf heeft ingesteld.

„De app. moet zich dus houden aan de bekentenis

van den geïntim. En dan erkent deze dat hij door den Districts-commissaris, op last van den Gouverneur, op het gedaan verzoek om korting is gehoord, en dat hij toen zijne schuldpligtigheid ten ernstigste heeft ontkend.

„Er bestond dus en er bestaat nog een verschil over schuldvorderingen tusschen den Weesmeester en T. *qq.* eenerzijds en den geïntim. anderzijds. Tot beslissing van dat geschil is de regterlijke magt uitsluitend geroepen. En de Gouverneur, door dat geschil te beslissen, ging buiten zijne bevoegdheid, en betrad het terrein van het regterlijk gezag.

„Dit is zóó waar en zóó duidelijk dat de Gouverneur zelf in zijne beslissing heeft durven schrijven:

„„O. de overgelegde akte huwelijksvoorwaarden van A. C. C. „en G. J. B., blijkens eene daaronder gestelde aanteekening, „eerst op 5 Julij 1875 in het daartoe bestemd register.... „is ingeschreven geworden;

„„Gelet op a. 7 der Transitoire bepalingen;"

„Eene zoodanige magt heeft de Publicatie van 1841 nimmer aan den Gouverneur willen geven. Doch al had zij die onder de vroegere koloniale staatsinstellingen willen geven (des neen), dan zoude die magt toch door het nieuwe Regeringsregl. en het Regl. op de regterlijke inrigting zijn vervallen.

„Het Gouvernement zegt dat de persoon, op wiens wedde is gekort zijn verhaal moet zoeken bij de personen, die volgens hem de korting ten onregte hebben gevraagd en verkregen.

„Doch dit middel zou niet baten 1° omdat, als de regter reeds nu onbevoegd is om van dit geding kennis te nemen, die onbevoegdheid hem evenzeer in dat latere geding kon worden tegengeworpen. Moet hij nu de administratieve beslissing, als binnen de grenzen der administratieve bevoegdheid genomen, eerbiedigen, dan zal hij dat ook later moeten doen;

„2° omdat de eenige actie die dan zou kunnen in aanmerking komen, de *condictio indebiti* zou zijn. Maar hiervoor ontbreken alle vereischten. Het geval dat iemand bij vergis-

sing, meenende schuldenaar te zijn, eene schuld betaald heeft, is hier niet aanwezig. De pretense schuldenaar heeft hier niet betaald; hij heeft zich tegen de betaling verzet, omdat de schuld niet bestond. Een ander heeft betaald, niettegenstaande zijn verzet en protest. Die ander was geen mandataris noch *negotiorum gestor* Maar zelfs al ware hij dit, ook dan nog zou hij regtstreeks tegenover den geïntim. aansprakelijk zijn;

„3° omdat de rollen der partijen in het burgerlijk proces geheel zouden worden omgekeerd. Terwijl toch bij de actie van crediteur tegen debiteur de bewijslast op den crediteur zoude rusten, zoo zoude bij de *condictio indebiti* (of welke andere actie dan ook) de bewijslast steeds rusten op den eischer, den debiteur;

„4° omdat de crediteuren, na het geld bij het Gouvernement geïncasseerd te hebben, insolvent kunnen geworden zijn. De debiteur heeft dan niets aan zijn vonnis, ook al triumfeert hij; en

„5° omdat, al verkrijgt de debiteur een vonnis tot restitutie tegen zijne crediteuren, niets den Gouverneur belet toch voort te gaan met het uitbetalen der maandelijksche kortingen aan de crediteuren. Wel zegt de app. dat dit ondenkbaar is, maar de geïntim. vindt dat niets ondenkbaarder is dan het geval dat zich nu reeds voordoet, dat namelijk de Gouverneur de korting verleent, ofschoon de debiteur het bestaan der schuld ontkent en de aangewezen regter nog geen uitspraak heeft gedaan.

„Van een verhaal van debiteur op crediteur kan dus regtens geen sprake zijn. En de partij, die zijn tegenstander zulk een middel van redres aan de hand doet, toont zeer zwak te zijn.

„Maar bovendien volgt uit het voorgaande, dat de nu ingestelde actie de éénige is die den geïntim. ten dienste stond, en het is mede deze overw., die de bevoegdheid van den burgerlijken regter boven allen twijfel moet verheffen.

„De regterlijke magt is dus alleszins bevoegd van de hier

ingestelde actie kennis te nemen. Zeer teregt zegt daarom het Hof van Justitie: „dat het *in casu* aan des regters beslissing „onderworpen verschil *in werkelijkheid* loopt over de vraag of „de geïntim. de vorderingen waarvoor korting op zijn toelage „als onderwijzer is verleend, al dan niet is verschuldigd.”

„Dat verschil zal nu, zoodra het vonnis van het Hof door den H.-R. zal zijn bevestigd, aan de kennisneming van het Hof worden onderworpen. Dit wordt in de posita der dagvaarding uitdrukkelijk gevorderd. En dat kan en mag door geen andere autoriteit beslist worden dan door de regterlijke magt. Meent dit Gouvernement dan, niettegenstaande de resolutie van 31 Julij 1875, niet in staat te zijn de deugdelijkheid der schuldvorderingen te bewijzen, dan zal het de pretense crediteuren in vrijwaring moeten roepen.

„Op deze gronden, bij pleidooi nader ontwikkeld, heeft mr. M. Eyssell, als Procureur van den geïntim. verzocht en geconcludeerd: dat het den H.-R. moge behagen teniet te doen het hooger beroep en te bevestigen het vonnis 3 Mei 1878 door het Hof van Justitie in Suriname gewezen, met last dat dit vonnis geheel en volkomen gevolg hebbe, en met veroordeeling van den app. in de kosten van deze tweede instantie.”

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

„De geintim. heeft tegen het Koloniaal Gouvernement van Suriname eene regtsvordering ingesteld, in substantie daartoe strekkende, dat zal worden verklaard dat ten onregte krachtens eene gouvernements-resolutie dd. 31 Julij 1875, genomen op een daartoe door den Weesmeester en zekeren T. *qq.* strekkend verzoek, van zijn tractement maandelijks is ingehouden eene som van *ƒ* 21.25; dat voorts zal worden gelast, dat de bij voorschreven resolutie bevolene en tot op het oogenblik der dagvaarding voortdurende maandelijksche korting zal ophouden en aan de resolutie geen verder gevolg zal worden gegeven; en voorts het Koloniaal Gouvernement

zal worden veroordeeld om aan den eischer, thans geintim., uit te betalen het bedrag der geëffectueerde maandelijksche kortingen tot op het tijdstip waarop deze niet meer zullen worden geëffectueerd, met de interessen en veroordeeling in de kosten van het proces.

„Blijkens de praemissen der dagvaarding berust die actie op dezen grond, dat de regten der personen, op wier verzoek de kortingen zijn toegestaan, zijn voorgewend, omdat hunne vordering geen persoonlijke schuld van den eischer maar van diens echtgenoot betreft, voor welke hij op de gronden, breeder in de dagvaarding omschreven en ter kennisse van de administratieve autoriteit gebragt, meent niet aansprakelijk te zijn.

„Tegen die vordering is door het Gouvernement *primario* opgeworpen de exceptie van onbevoegdheid des regters, omdat het *in casu* geldt de regten en verpligtingen tusschen de administratieve magt en hare ambtenaren onderling, waaraan de eischer zich moet onderwerpen, behoudens zijn regt tegenover derden.

„Bij die exceptie is door den gedaagde, thans app., niet gepersisteerd; zij is echter op regtsgronden, welke thans niet aan uwe beslissing zijn onderworpen, vooraf uitgewezen, en bij het *dictum* waartegen het appel is gerigt, is zij verworpen en zijn partijen gelast om voort te procederen. Het Hof oordeelt, dat het geschilpunt betreft het al of niet bestaan der schuld ten laste van den eischer, en mitsdien een geschilpunt is van burgerlijk regt, waaromtrent de regter moet beslissen; dat het niet geldt de toekenning van een tractement, maar de uitbetaling van een reeds toegekend tractement, voor zooverre die niet is geschied.

„En nu is de regtsvraag die in hooger beroep moet worden beslist m.i. hoogst eenvoudig.

„De wettigheid der Publicatie van Febr. 1841, *Gouv.-bl.* n° 3, wordt niet betwist; en zij is gehandhaafd bij a. 169

Regeringsreglement van 1865, *Gouv.-bl.* n° 12, *St.* n° 55.

„De vraag wie het tractement moet regelen is niet *hujus loci*, want er was tractement toegekend, en de actie strekt tot uitbetaling van reeds verdiende termijnen van het toegelegde tractement.

„De Raad vergelijke het arr. van 28 Oct. 1870 (*N.-Repr.* XCVI, 131; v. d. Hon., *B.-R.*, XXXV, 113).

„De eenige vraag is m.i. deze: welke zin moet worden gehecht aan de woorden *na onderzoek*, voorkomende in a. 2 der Publicatie van 1841 hierboven vermeld?

„Ik geef toe dat die woorden zoo algemeen mogelijk zijn en dat zij kunnen beteekenen, dat ook aan den Gouv. wordt opgedragen om de wettigheid der schuld, waarvoor de korting wordt gevraagd, te onderzoeken. Maar wanneer ik let op de strekking en het doel der Publicatie, en haar met de algemeene regtbeginselen, in de kolonie geldende, in verband breng, dan geloof ik niet, dat aan die woorden zoodanige ruime beteekenis kan worden toegekend.

„Eene opdragt van regtsmagt zooals in dat artikel zou worden gegeven, moet m.i. duidelijk blijken, en mag niet worden verondersteld.

„En nu is het doel der Publicatie, evenals dat der wet van 24 Jan. 1815, waaraan zij is ontleend, om te zorgen voor het belang der ambtenaren, en te voorkomen dat hunne bezoldigingen of pensioenen door gewone beslagen niet geheel kunnen worden geabsorbeerd. De Regering duldt niet dat dergelijke beslagen onder haar worden gelegd.

„Maar nu moet haar onderzoek m.i. loopen over de liquiditeit en de oorzaak der schuld, waarvoor de korting wordt gevraagd; of er vonnis van veroordeeling bestaat; of zij door den pretensen schuldenaar wordt erkend; of zij niet voortspruit uit eene oorzaak, waarvoor de wet geene korting toelaat, b.v. a. 5 en 6 der Publicatie.

„Wanneer nu de korting onder deze omstandigheden wordt

gevraagd, dan nog moet de administratieve autoriteit onderzoeken of er termen zijn om de korting zoo en in dier voege, als zij bij request wordt gevraagd, toe te staan. Tegen beslissing daaromtrent kan bij den regter niet worden opgekomen; de administratieve magt handelt daarbij geheel zelfstandig en beschikt over de gelden, die zij moet uitkeeren.

„En wanneer wij nu letten op het regtsbeginsel uitgedrukt in a. 119 van het Regeringsreglement, wanneer wij bedenken dat de ingestelde actie betreft eene schuldvordering tegen het Gouvernement, en dat het bestaan der schuld, althans de aansprakelijkheid voor haar, door den geintim. steeds is ontkend, en zijne bezwaren aan de administratieve autoriteit bekend zijn gemaakt, dan kan ik niet aannemen dat over de wettigheid der schuld door de administratieve autoriteit uitspraak kan worden gedaan, zelfs zonder dat de schuldenaar wordt gehoord, want dit schrijft zelfs het artikel niet voor. Wanneer de *causa debiti* uit het burgerlijk regt moet worden beoordeeld, zooals *in casu*, dan is m.i. de regter uitsluitend aangewezen om daaromtrent te beslissen. Ofschoon het *in casu* een geschil van geheel anderen aard betreft, meen ik echter de aandacht van den Raad te moeten vestigen op het arr. van 29 Mei 1874 (*N.-Rspr.* CVII, 73; V. D. HON, XXXIX, 380).

„Ik vereenig mij dus geheel met de gronden van het vonnis en heb de eer te concluderen tot bevestiging van het vonnis door het Hof van Justitie te Suriname gewezen, met veroordeeling van den app. in de kosten op het hooger beroep gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., ten aanzien der *daadzaken:* dat de H.-R., wat de feiten en procedures betreft, welke aan het vonnis, waarvan hooger beroep, zijn voorafgegaan, zich gedraagt aan het verslag daarvan in dat vonnis vervat, hetwelk op 3 Mei 1878, door het Hof van Justitie in Suriname is gewezen en waarbij de conclusie van den tegenwoordigen geïntim., toen geëxcipi-

eerde, dat de door den nu app., toen excipient, voorgestelde exceptie van onbevoegdheid van den regter op zich zelve zoude worden uitgewezen, gegrond verklaard en toegewezen is, — voorts de exceptie zelve is verworpen, partijen zijn gelast voort te procederen, en eindelijk de excipiënt is veroordeeld in al de kosten op de exceptie en op het incident tot afzonderlijke beslissing daarvan gevallen;

„O. voorts, dat de in het ongelijk gestelde partij van het gemelde vonnis appel heeft aangeteekend ter griffie van het Hof van Justitie op 10 Mei 1878, en dat appel heeft geïnhaereerd bij dagvaarding van 1 Julij daaraanvolgende;

„O., dat de app. bij zijne voor den H.-R. genomen conclusie het hooger beroep, aanvankelijk gerigt tegen het bestreden vonnis in zijn geheel, heeft *beperkt* tot de quaestie der onbevoegdheid en geconcludeerd, dat, met vernietiging van het vonnis *a quo*, alsnog zal worden toegewezen de in eersten aanleg voorgestelde exceptie van onbevoegdheid des regters, met veroordeeling van den geïntim. in de kosten der beide instantiën;

„O., dat de geïntim. heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis, waarvan appel, met veroordeeling van den app. in de kosten ook van het hooger beroep;

„O., met betrekking tot het *regt:* dat thans in hooger beroep slechts te beantwoorden is de vraag, of de eerste regter al of niet teregt zich bevoegd heeft verklaard van de vordering van den geïntim. kennis te nemen;

„O. dienaangaande, dat die vordering daartoe strekt dat door het Hof zoude worden verklaard dat ten onregte van het tractement van den geïntim., als onderwijzer, sedert de maand Julij 1875 maandelijks door de koloniale kas was ingehouden eene som van *f* 21.25 krachtens eene gouvernements-resolutie van 31 Julij 1875, genomen op het daartoe door J. de J., weesmeester, en J. L. W. E. T. *qq.* aan den Gouverneur gedane verzoek, en bijgevolg door het Hof zoude worden gelast, dat

de bij die resolutie op het tractement van den geïntim. bevolen en tot op het oogenblik van de litis introductieve dagvaarding voortdurende maandelijksche kortingen zouden ophouden, en aan de resolutie geen verder gevolg worden gegeven, en dat al verder de app. zoude worden veroordeeld aan den geïntim. uit te keeren de gemelde, op het tractement van dezen geëffectueerde kortingen;

„O., dat de vordering van den geïntim. daarop was gegrond, dat degenen, ten wier behoeve korting was toegestaan, *geene* schuldvordering ten laste van den geïntim. hadden, zoodat hier geen geschil is ontstaan over de vraag: of de geïntim. al of niet regt had op tractement, noch ook over de bevoegdheid van het Koloniaal Gouvernement om korting toe te staan of te weigeren *in het algemeen*, maar alleen daarover of degenen, die *in casu* korting hadden gevraagd en verkregen, wel schuldeischers waren van den *geïntim.*, zoodat hier was te beslissen een *burgerregtelijk* geschil;

„O., dat volgens a. 119 van het Regl. op het beleid der Regering in de kolonie Suriname, vastgesteld bij de wet van 31 Mei 1865, *St.* n° 55, de kennisneming van alle geschillen van burgerlijken aard bij uitsluiting behoort aan de regterlijke magt;

„O., dat nu echter, — vermits de door den geïntim. gevorderde gedeelten van zijn tractement, bij wijze van *kortingen* daarop, aan schuldeischers zijn uitgekeerd, de vraag is gerezen, of de *Publicatie van den Gouv.-G. van de Nederlandsch West-Indische bezittingen van 22 Febr.* 1841, *Gouv.-bl.* n° 8, eene afwijking van de evengemelde *principiële* bevoegdheid van den burgerlijken regter medebrengt, in dier voege dat daarbij het administratief gezag eene zóó ruime bevoegdheid ten aanzien van het verleenen of weigeren van gevraagde kortingen op tractementen heeft erlangd, dat ook de regtmatigheid der vorderingen van de crediteuren die kortingen vragen, waarvan anders slechts de burgerlijke regter zoude kunnen kennis nemen,

thans, met uitsluiting van dien regter, aan de beoordeeling van het Koloniaal Gouvernement zoude zijn onderworpen geworden;

„O., dat, ofschoon voormeld a. 119 van het Regl. van 1865 van latere dagteekening is dan de Publicatie van 1841, en de Gouv.-G. derhalve, bij de uitvaardiging der Publicatie, de bepalingen van dat Regl. niet kan op het oog gehad hebben, echter ook het *Regl. op het beleid der Regering in de kolonie Suriname van 9 Aug.* 1832, *Gouv.-bl.* n° 13, (onder de werking waarvan de Publicatie van 1841 is uitgevaardigd), geheel afzonderlijk regelende de *regterlijke* inrigting (titel 2, *over de politie en justitie*) èn de *administratieve* aangelegenheden (titel 3), moet geacht worden te rusten op het beginsel, dat de administratie niet behoort te treden op het judiciëel gebied, zoodat reeds om deze reden, bij gemis van eenige bepaling, welke dit duidelijk voorschrijft, niet mag worden ondersteld, dat bij de Publicatie een inbreuk op genoemd beginsel is beöogd;

„O., dat ook de inhoud dezer Publicatie zoodanige onderstelling niet regtvaardigt; dat deze toch de strekking heeft om, in overeenstemming met de in het moederland geldende *wet van 24 Jan.* 1815, *St.* n° 5, *ten einde den onbelemmerden loop der administratiën te verzekeren*, en alzoo, in het belang van de publieke dienst, het leggen van arrest op de tractementen van ambtenaren te verbieden, en alleen kortingen daarop, onder zekere bepalingen, toe te staan;

„O., dat wel is waar de bepaling, dat alle twistgedingen over schuldvorderingen of burgerlijke regten bij uitsluiting behooren tot de kennisneming van de regterlijke magt, niet werd gevonden in de Grondwet van 1814, onder welker werking de wet van 24 Jan. 1815 is ingevoerd, en het eerst in de Grondwet van 1815 voorkomt, doch dat desniettemin destijds reeds eene afscheiding van administratieve en judiciële attributen bestond, zoodat de wetgever moet gerekend worden bij de genoemde wet geene meerdere bevoegdheid aan het administratief gezag te hebben willen opdragen dan tot bereiking van

het doel der wet vereischt werd, waartoe niet kan geacht worden te behooren het uitbrengen van een beslissend oordeel over de regten der crediteuren die korting vragen, daar geschillen daarover vreemd zijn aan het belang van de publieke dienst;

„O., dat nu wel a. 2 van de Publicatie van 1841 bepaalt, dat de Gouv.-G., *na onderzoek, beslist*, zooals zal bevonden worden te behooren, doch dat dit onderzoek en deze beslissing den Gouv.-G. (ten deze het Koloniaal Gouvernement van Suriname) niet maken tot regter over de geldigheid der schuldvorderingen ten laste der ambtenaren; dat dit duidelijk blijkt uit eene vergelijking van den tekst van genoemd a. 2 der Publicatie met dien van a. 2 der wet van 1815, volgens welke laatstgemelde bepaling belanghebbenden zich met hun verzoek om korting moeten wenden tot den Secretaris van Staat of het hoofd der betrokken administratie, en voorts daaromtrent zal worden gehandeld op zoodanige wijze als de *Souvereine Vorst*, op het rapport dier autoriteiten, zal oordeelen te behooren;

„O., dat dit verschil van uitdrukkingen in de Publicatie en de wet niet kan gerekend worden aan den G.-G., thans het Koloniaal Gouvernement van Suriname, eene regtsmagt te hebben toegekend, welke de Souvereine Vorst in Nederland zich niet heeft voorbehouden, maar zijn grond alleen vindt in de verschillende wijzen van procederen, daarin bestaande, dat in Nederland het Hoofd van den Staat, op rapport van de autoriteiten, aan welke de verzoekschriften zijn ingediend, beslist, terwijl in West-Indië de Gouv. èn de verzoeken ontvangt èn de zaak afdoet, zonder haar aan den Koning te onderwerpen;

„O., dat dus de beslissing in a. 2 der Publicatie strekt om te bepalen of er al of niet korting op het tractement zal worden verleend, en het daaraan voorafgaande onderzoek, om zich te vergewissen of het belang van de openbare dienst die korting gedoogt, en daardoor niet in strijd met eenige der verbodsbepalingen van de Publicatie zal worden gehandeld;

dat nu, voor zoover ook een onderzoek naar de deugdelijkheid der schuldvordering wordt gedaan, dit niet verder strekt, dan om het Koloniale Gouvernement zooveel doenlijk tegen namaning wegens uitbetaling aan personen, die daarop geen regt hebben, te waarborgen, en alzoo *niet*, om na dat onderzoek eene beslissing uit te brengen, welke de regtspraak van den burgerlijken regter, dáár waar deze anders daartoe bevoegd was, zoude uitsluiten;

„O., dat uit dit alles volgt dat de eerste regter zich teregt bevoegd heeft geoordeeld, en dus zijne uitspraak behoort te worden gehandhaafd;

„Regt doende in hooger beroep:

„Bekrachtigt het vonnis waarvan appel;

„Veroordeelt den appellant in de kosten van het hooger beroep."

N° 1644. — Arrest van 13 Junij 1879.

(A. 771—777 en 782 B.-R.)

Behooren tot de in a. 771 B.-R. bedoelde rekenpligtigen die nalatig zijn in het doen van rekening, niet alleen diegenen welke geene rekening aanbieden, maar ook allen wier rekening niet wordt goedgekeurd en die dan in gebreke blijven krachtens a. 782 B.-R. tot opneming en sluiting te ageren? — Ja.

Behoort a. 777 B.-R. tot de regeling der te volgen procedure wanneer het bij den onderwerpelijken titel van Burg. Regtsv. bedoeld geding overeenkomstig dien titel wordt gevoerd, en mist het derhalve alle toepasselijkheid, waar, zooals hier, enkel de rede is van een buiten regten overgelegd stuk? — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij het voorgestelde *cassatie-middel* wordt beweerd: dat bij het beklaagde arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 771 tot 777 en 782 B.-R. en a. 1967 en 1968 B.-W. en wel op vier gronden.

„De *eerste* is deze, dat het Hof heeft aangenomen dat eene rekening en verantwoording, die door bescheiden gejustificeerd aan de gerendeerden in der minne is gedaan, en waarop door deze geene aanmerkingen zijn gemaakt, niet zoude zijn goedgekeurd.

„Voorzeker bestaat er geen strijd tusschen deze beslissing en de aangehaalde a.

„Er is hier sprake van eene *stilzwijgende* goedkeuring eener rekening. Ontegenzeggelijk kunnen er omstandigheden bestaan waaronder *stilzwijgen* na het ontvangen eener rekening voor *goedkeuren* moet gehouden worden. Die omstandigheden zijn echter natuurlijk ter beoordeeling van den *judex facti.* En nu besliste de regtb. te Breda, bij het door het Hof bevestigde vonnis, dat het stilzwijgen, waarvan hier sprake is zoo niet meer waarschijnlijk dan zeker mogelijk aan eene andere oorzaak dan het genoegen nemen met de aangeboden rekening moet worden toegeschreven; waaruit de juiste gevolgtrekking werd gemaakt, dat het bewijs door den nu eischer aangeboden, dat de evenbedoelde aanbieding werkelijk heeft plaats gehad, is irrelevant, omdat zijne voor het overige erkende rekenpligtigheid door het feit niet wordt opgeheven.

„De *tweede* grond is deze, dat het Hof heeft aangenomen dat eene in der minne gedane rekening eerst dan als eene behoorlijke rekening en verantwoording is te beschouwen, als zij door de gerendeerden is goedgekeurd, en dat gerendeerden, zoolang zij die goedkeuring niet gegeven hebben, bevoegd zijn den rendant als nalatig in zijne rekenpligtigheid in regten tot verantwoording op te roepen. Het spreekt van zelf, dat a. 771 B.-R. als het spreekt van rekenpligtigen, die *nalatig* zijn in het doen van rekening, welke door belanghebbenden in regten kunnen worden opgeroepen, daardoor aan rekenpligtigen niet de magt heeft willen geven om, door het indienen van elk geschrift, dat men met den naam van rekening zou willen bestempelen, elke regtsvordering te

beletten, en het onderzoek der rekening te voorkomen. A. 1 der wet van 31 Maart 1828, *St.* n° 49, sprak van: „die verpligt zijn rekening en verantwoording te doen"; men wilde daarmede vervangen het woord *„les comptables"* van a. 527 *C. de P. C.*, en het blijkt volstrekt niet, dat men door de latere verandering der woorden een anderen zin aan de bepaling heeft willen geven (zie v. d. Hon., *Handb. Burg. Regtsv.*, bl. 717 volgg.) Het meest waarschijnlijk komt mij voor dat men met de woorden: „rekenpligtigen, die *nalatig* zijn in het doen van rekening" een tegenstelling heeft willen maken met de in het nieuwe a. 762 bedoelde: „rekenpligtigen, die *verlangen* rekening te doen."

„Hoe dit zij, als *nalatig* in het doen van rekening moet m. i. worden aangemerkt niet alleen hij, die in het geheel geene rekening levert, maar ook hij, die zijne rekening in zoodanigen staat heeft aangeboden, dat de belanghebbenden die niet hebben kunnen goedkeuren, en dus acht ik de beslissing van het Hof juist. Zoolang die goedkeuring ontbreekt of het saldo niet wederkeerig is bepaald, heeft de belanghebbende evenzeer het regt om den rekenpligtige tot het doen van rekening voor den regter op te roepen, als de rekenpligtige ingevolge a. 782 B.-R. den belanghebbende tot het opnemen en sluiten zijner rekening.

„Toont de rendant, in regten geroepen, dadelijk zijne bereidwilligheid tot het doen van rekening, dan zal dit invloed kunnen hebben op de beslissing omtrent de proceskosten, zooals dit het geval was bij de zaak, waarop betrekking had het arr. van den H.-R. van 26 Nov. 1858 (v. d. Hon. *B.-R.* XXII, 470), maar hier heeft de eischer aan zijne stelling dat hij reeds rekening gedaan had en niet nalatig was een exceptief middel van verwering ontleend.

„Van het *derde* onderdeel van het *middel*, waarbij opgekomen wordt tegen de beslissing van het Hof, dat er van opvolging van a. 777 B.-R. bij eene rekening en verantwoor-

ding in der minne gedaan, geen sprake kan zijn, zal ik niet anders zeggen dan dat eene bloote lezing van het a. de beslissing volkomen justificeert.

„De *vierde* grond van het *middel* is bij het pleidooi door den eischer geabandonneerd. Daarbij wordt geklaagd, dat een eed aan de verw[s] opgedragen omtrent daadzaken, die namens hen zouden zijn verrigt en waartoe zij dus last zouden hebben gegeven, zoude zijn in strijd met a. 1968 B.-W., en op dien grond de door den eischer gedane eedsopdragt is verworpen.

„Al ware de grief juist, dan zoude die nog niets baten, daar niet alleen op *dien* grond de eedsopdragt is verworpen, maar in de eerste plaats omdat die niet was *litis decisoir*, en deze niet in cassatie bestreden grond dus toch zoude blijven bestaan.

„Het geheele *middel* komt mij ongegrond voor, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 771, 777 en 782 B.-R. en de a. 1967 en 1968 B.-W., door aan te nemen: 1°. dat eene rekening en verantwoording, die door bescheiden gejustificeerd aan de gerendeerden in der minne is gedaan en waarop door deze geene aanmerkingen zijn gemaakt, niet zoude zijn goedgekeurd; 2° dat eene in der minne gedane rekening eerst dan als eene behoorlijke rekening en verantwoording is te beschouwen, als zij door de gerendeerden is goedgekeurd, en dat de gerendeerden, zoo lang zij die goedkeuring niet gegeven hebben, bevoegd zijn den rendant als nalatig in zijne rekenpligtigheid in regten ter verantwoording op roepen; 3°. dat er van de opvolging van a. 777 B.-R. bij eene rekening en verantwoording in der minne gedaan geen sprake kan zijn; en 4°. dat een eed

aan de verw[s] opgedragen omtrent daadzaken, die namens hen zouden zijn verrigt en waartoe zij dus last zouden hebben gegeven, zoude zijn in strijd met a. 1968 B.-W., en op die gronden de door den eischer gedane eedsopdragt, alsmede het aangeboden getuigenbewijs, te verwerpen en het vonnis van 19 Febr. 1878, door de arr.-regtb. te Breda tusschen partijen gewezen, te bevestigen;

„Ten aanzien van het *eerste* gedeelte van dat *middel*:

„O., dat dit is gerigt tegen 's Hofs beslissing, dat het stilzwijgen der gerendeerden niet noodzakelijk als eene goedkeuring der rekening is te beschouwen, doch aan eene andere oorzaak, met name aan vrees of overtuiging, dat een minnelijk debat tot geene uitkomst zou leiden, kan toegeschreven worden; zullende dit volgens het Hof te meer klemmen, omdat de nu verw[s] zoowel bij hunne inleidende dagvaarding als in hunne conclusien hebben te kennen gegeven, dat zij zich met de door den nu eischer gedane rekening, speciaal met een tal posten in uitgaaf gebragt, niet hebben kunnen vereenigen;

„O., dat deze beoordeeling van de houding der verw[s] is van zuiver feitelijken aard, en mitsdien daarop in cassatie niet kan worden teruggekomen, zoodat het eerste gedeelte van het *middel* is onaannemelijk;

„Ten aanzien van het *tweede* gedeelte:

„O., dat 's Hofs beslissing omtrent dit punt op eene juiste opvatting van a. 771 B.-R. is gegrond, daar tot de daar bedoelde rekenpligtigen die nalatig zijn in het doen van rekening, niet alleen behooren diegenen welke geene rekening aanbieden, maar ook allen wier rekening niet wordt goedgekeurd en die dan in gebreke blijven, krachtens a. 782 B.-R., tot opneming en sluiting daarvan te ageren;

„O. toch, dat bij de uitlegging van voormelde uitdrukking niet mag worden voorbijgezien dat zij haren oorsprong verschuldigd is aan de bedoeling van den Nederlandschen

wetgever, om, bij de vaststelling van den onderwerpelijken titel van het Wetb. van Burg. Regtsv., de nieuwe bepaling van a. 782, betreffende rekenpligtigen die rekening verlangen te doen, scherp tegenover a. 771 te stellen, hetwelk op alle overige rekenpligtigen ziet, zonder dat de wetgever de tot dusver onbepaald gegolden hebbende bevoegdheid, om van alle rekenpligtigen rekening in regten te vorderen, in eenig opzigt heeft willen beperken;

„O., dat eene tegenovergestelde opvatting ook daarom is onaannemelijk, omdat belanghebbenden die, zij het dan ook slechts enkele posten eener rekening niet kunnen goedkeuren, tot debat van rekening moeten kunnen geraken, en hun daartoe geen andere weg dan die van a. 771 is geopend, zoodat ook om die reden de nalatigheid, waarvan in dit a. sprake is, moet geacht worden te blijven bestaan totdat eene volledig goedgekeurde rekening aanwezig is;

„O., dat derhalve het *tweede* gedeelte van het *middel* van cassatie is ongegrond;

„Ten aanzien van het *derde* gedeelte:

„O., dat a. 777 B.-R. behoort tot de regeling der te volgen procedure, wanneer het bij den onderwerpelijken titel bedoeld geding overeenkomstig dien titel wordt gevoerd, en derhalve alle toepasselijkheid mist, waar, zooals hier, enkel de rede is van een buiten regten overgelegd stuk;

„O., dat dus het *derde* gedeelte van het *middel* insgelijks is onaannemelijk;

„Ten aanzien van het *vierde* gedeelte van het *middel* van cassatie:

„O., dat omtrent den daarbij vermelden eed bij het beklaagde arr. is geoordeeld dat hij niet is *litis decisoir*, en dat daarbij nog komt dat hij daadzaken betreft die niet door de toen geïntimeerden persoonlijk zijn verrigt;

„O., dat het bij het onderwerpelijk gedeelte van het *middel* gevoerde beweren enkel raakt 's Hofs tweeden grond

om den bedoelden eed niet toelaatbaar te verklaren, zoodat, al ging dat beweren op, de gegeven uitspraak niettemin, als blijvende steunen op 's Hof eersten grond van beslissing, in stand zoude moeten worden gehouden:

„O., dat mitsdien ook het *vierde* gedeelte van het *middel* niet tot cassatie kan leiden, en derhalve het *middel* in zijn geheel is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1645. — Arr. van 13 Junij 1879.

(A. 53 en 54 n° 2 R.-O.; a. 1, 436 j° 440, 430, 438 § 2, 439, 441, 156 j° 620 en 56 B.-R.; a. 1954 en 1902 B.-W.)

Zijn deze wetsa. geschonden of verkeerd toegepast, doordien het Hof den eischer in cassatie niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn hooger beroep tegen een vonnis, waarbij de eerste regter besliste dat de eisch tot nietigverklaring van een bevel, waarbij gevorderd werd de betaling eener som van f 270 *voor verbeurde boete, wegens gedurende* 18 *maanden te late of vertraagde uitvoering van een werk, de som van f* 400 niet *te boven ging, en des eischers verzet tegen het bevel* (*met beteekening der notariële acte, waarbij de verbeurte der boete tusschen partijen was overeengekomen*) niet *als een verzet tegen de executie, en dus ook* niet *als eene vordering van onbepaalde waarde, is te beschouwen?* — NEEN.

De Adv.-G. SMITS heeft in deze zaak, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het Geregtshof te 's Hertogenbosch heeft den tegenwoordigen eischer niet-ontvankelijk verklaard in zijn hooger beroep tegen een vonnis van de regtb. te Maastricht, omdat de waarde van het onderwerp van het geschil, dat aan de kennisneming van den eersten regter is onderworpen geweest, de som van *f* 400 niet te boven ging, en omdat hier ook niet bestond een geschil over onbevoegdheid zoo als de appellant beweerde.

„Tegen het arr. is als *cassatie-middel* aangevoerd: schending of verkeerde toepassing der a. 53 en 54 n° 2, R.-O., alsmede der a. 1, 436 j° 430, 438 § 2, 439, 441, 156 j° 620 en 56 B.-R. en der a. 1954 en 1902 B.-W.

„De eischer in cassatie beweert dat de waarde van het onderwerp van het geschil was onbepaald, zoowel onmiddellijk als middellijk, en dat de regtb., ofschoon bevoegd om kennis te nemen van de bij het exploit van verzet en dagvaarding gedane vordering, echter onbevoegd was om kennis te nemen van datgene, waarvoor door den verweerder, toen geopp., bevel met bedreigde inbeslagneming was gedaan, als behoorende dat laatste tot de bevoegdheid van scheidsmannen, zoodat de regtb. was onbevoegd uit hoofde van het onderwerp van het geschil.

„Wat is het onderwerp van het geschil dat aan de kennisneming van den eersten regter was onderworpen? Het aangevallen arr. moet daarop volgens a. 409 B.-R., zoo als dat is gewijzigd bij a. 1 der wet van 26 Junij 1876, *St.* n° 124, antwoord geven. Daarin lezen wij in de overw. omtrent de daadzaken, dat partijen bij notariële acte zijn overeengekomen dat, indien de nu eischer eene maand mogt laten verloopen zonder de herstelling van de in de acte omschreven werken te verrigten, hij ten behoeve van den nu verweerder, enkel wegens de vertraging in de uitvoering zal verbeuren eene boete van *f* 15 per maand; dat omtrent deze werkzaamheden tusschen partijen geschil is ontstaan, hetwelk overeenkomstig het in de acte voorkomende beding aan de beslissing van scheidsmannen is onderworpen geworden, welke den eischer in cassatie tot het verrigten der herstellingen hebben veroordeeld; dat de nu-verweerder de voormelde notariele acte aan den eischer in cassatie heeft doen beteekenen, en tevens bevel laten doen om binnen 2, althans binnen 30 dagen, te betalen de som van *f* 270 voor verbeurde boete, wegens gedurende 18 maanden te late of vertraagde uitvoering van dit werk; dat de nu

eischer tegen dit bevel in verzet is gekomen met dagvaarding van den nu verweerder voor de regtb. te Maastricht, waarbij hij, ontkennende wegens vertraging, boete, althans daarvoor het bedrag van *f* 270 schuldig te zijn, de van onwaardeverklaring van het bevel heeft gevorderd, en daarmede in overeenstemming wordt vermeld in den aanvang van de eerste overw. *in jure* van het arr., dat bij het bevel van den nu eischer is gevorderd de nakoming eener contractuële verpligting, bestaande in het betalen eener geldsom van *f* 270, en dat de app. (nu eischer) in zijn verzet daartegen niets anders gevraagd heeft dan de nietigverklaring van dit bevel. Het onderwerp van het geschil was dus een bedrag van *f* 270. Maar dan is toch voorzeker de beslissing juist, dat de waarde van het onderwerp van het geschil de som van *f* 400 niet te boven gaat.

„De eischer beweert dat hij in verzet is gekomen tegen de executie ten zijnen laste begonnen, en dat daarom zijn verzet is eene vordering van onbepaalde waarde. Ware dit zoo, dan zou toch nog altijd de executie hetzelfde onderwerp hebben als het bevel, en tot de som van *f* 270 beperkt blijven. Maar van executie kan hier dan alleen de rede zijn, als men het bevel, bedoeld bij a. 439 en 502 B.-R., en dat de inbeslagneming moet voorafgaan, rekent onder de daden van executie, waartegen zeer veel te zeggen valt, maar in ieder geval was de executie dan toch nog niet verder gevorderd dan het bevel, waarvan alleen de vernietiging gevraagd werd, en dit maakt dus geene verandering in de beschouwing.

„Onmiddellijk is hier dus geen geschil van onbepaalde waarde.

„Evenmin middellijk. De eischer voert aan dat door de regtb. is beslist het geschilpunt of, ingevolge de acte die geëxecuteerd werd, eene doorloopende boete van *f* 15 per maand na zeker tijdstip verschuldigd werd. Dit beweren is echter in strijd met de beslissing in het vijfde lid van de eerste overw. *in jure* van het arr., dat de vordering van den

geïntimeerde (nu verw.) berust op de vertraging in de uitvoering van werkzaamheden gedurende een bepaalden tijd. De vordering en de beslissing heeft zich alleen bepaald tot de 18 maanden boete, tot een bedrag van *f* 270, welke som beweerd werd niet verschuldigd te zijn.

„Er moest wel is waar worden uitgemaakt of de notariële acte kon worden geëxecuteerd, voor zooveel maal *f* 15 als er na *in mora*-stelling maanden verloopen waren, maar dat is hier van geen invloed, waar het getal maanden was vastgesteld en eene zekere som werd gevorderd. Dat *in casu* alleen de gevorderde som bij de bepaling der appellabiliteit kan in aanmerking komen, is geheel in overeenstemming met uwe jongste jurisprudentie, zooals die is weggelegd in de arr^n van 4 Mei 1871 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXVI, 45; *N. Rspr.* XCVIII, 13), en vooral van 8 Dec. 1876 (v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 459; *N.Rspr.*, CXIV, 270).

„Maar, zegt men eindelijk, er bestaat hier een geschil van onbevoegdheid en men beroept zich op a. 333 B.-R., om aan te toonen dat dus hier het hooger beroep altijd is toegelaten.

„Intusschen is gemeld a. 333 volstrekt niet als geschonden bij het *middel* vermeld.

„Mogt niet reeds daarom het beweren buiten aanmerking moeten blijven, dan nog mist a. 333 hier alle toepasselijkheid, omdat daarbij wel het appel is toegelaten in geschillen over onbevoegdheid, ook dan wanneer de regter, wiens bevoegdheid betwist wordt, anders ten principale in het hoogste ressort kennis neemt, maar dat a. alléén dan van toepassing is als voor den regter *a quo* een geschil van onbevoegdheid tusschen partijen is gerezen, aangebragt of ambtshalve opgekomen, en de regter daarop alleen heeft regt gedaan.

„Ik zal deze stelling niet nader toelichten, maar bepaal mij bij de verwijzing naar uw arr. van 7 Mei 1847 (v. d. Hon., *B.-R.* IX, 15; *N.Rspr.* XXVI, 370), en naar het uitvoerig betoog van mr. Gregory in zijne conclusie in de eerstgenoemde

Verzameling daarbij afgedrukt. Men zie ook het arr. van 28 Junij 1844, met de conclusie van mr. VAN MAANEN, opgenomen bij v. D. HON., *B.-R.* V. 326, en afzonderlijk in de *N.Rspr.*, XVIII, 82.

„En wat is nu hier het geval? Vroeger is wel door den nu verw. de exceptie van incompetentie opgeworpen, welke is toegewezen bij een vonnis van de regtb. te Maastricht, maar in hooger beroep verworpen door het Hof te 's Hertogenbosch, en in dit gewijsde hebben beide partijen berust. Toen dien ten gevolge de zaak weder voor de regtb. werd behandeld, is dan ook bij dien eersten regter een geschil over onbevoegdheid niet meer gerezen of opgekomen; de bevoegdheid van de regtb. is in eerste instantie niet betwist, zooals het bestreden arr. *in facto* beslist, en een eerst in hooger beroep opgeworpen onbevoegdheid van den eersten regter kan een niet appellabel vonnis niet voor hooger beroep vatbaar maken. Wilde men het vonnis van de regtb. op grond van onbevoegdheid doen vernietigen, dan had men zich in dezen stand van zaken daartegen in cassatie moeten voorzien.

„Het klinkt wel wat vreemd om den eischer in cassatie, die vroeger in deze zelfde zaak met klem de bevoegdheid van de regtb. heeft verdedigd en bij die verdediging getriumpheerd, thans onbevoegdheid van denzelfden regter te hooren beweren. Maar eigenlijk is, geloof ik, ook hier de naam van onbevoegdheid verkeerdelijk gekozen. In de dagvaarding in cassatie wordt erkend dat de regtb. bevoegd was om kennis te nemen van de bij het exploit van verzet en de dagvaarding gedane vordering. Het beweren was enkel dat de regtb. niet in staat was regt te doen voor dat een zeker punt was uitgemaakt, dat niet door haar, maar door arbiters moest worden beslist, — dat is dus meer een middel van niet-ontvankelijkheid.

„Ik acht het *cassatie-middel* ongegrond; en heb daarom de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.

„O., dat als éénig *middel* is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 53 en 54, n° 2, R.-O., alsmede van de a. 1, 436 j° 430, 438 § 2, 439, 441, 156 j° 620 en 56 B.-R., en de a. 1954 en 1902 B.-W., door te beslissen dat het vonnis van 17 Jan. 1878, door de arr.-regtb. te Maastricht tusschen partijen gewezen, en waarvan was geappelleerd, is in het hoogste ressort, en door den eischer in cassatie, daar appellant, te verklaren niet-ontvankelijk in het door hem ingesteld hooger beroep van dat vonnis, met veroordeeling in de kosten van het appel:

„O., dat tot ondersteuning van het *cassatie-middel* bij de dagvaarding in cassatie is aangevoerd en bij pleidooi is volgehouden, dat de waarde van het onderwerp van het geschil, dat aan de kennisneming van de arr.-regtb. was onderworpen, is onbepaald;

„dat daarenboven, behalve onmiddellijk, ook middellijk bij het vonnis der regtb. over eene zaak van onbepaalde waarde is regt gedaan, terwijl voorts de regtb., voor wat betreft een gedeelte van hetgeen waarover zij heeft kennis genomen, was onbevoegd uit hoofde van het onderwerp van het geschil, en eindelijk dat bij het bestreden arr. mede uit het oog wordt verloren, dat de eischer in cassatie de verschuldigdheid van boete en de gronden waarop de executie werd ondernomen bij de regtb. betwistende, het bewijs der gegrondheid op den executant rustte, en daarover ingevolge de geëxecuteerd wordende acte alleen door scheidsmannen konde worden beslist;

„O., dat bij het aangevallen arr. feitelijk is uitgemaakt dat partijen bij notariële acte zijn overeengekomen dat, indien de nu eischer eene maand mogt laten verloopen zonder de herstelling van de in de acte omschreven werken te verrigten, hij ten behoeve van den nu verw., enkel wegens de vertraging in de uitvoering, zal verbeuren eene boete van *f* 15 per maand;

„dat omtrent deze werkzaamheden tusschen partijen ge-

schil is ontstaan, hetwelk overeenkomstig het in de acte voorkomende beding aan de beslissing van scheidsmannen is onderworpen geworden, welke den eischer in cassatie tot het verrigten der herstellingen hebben veroordeeld; dat de nu verw. de voormelde notariële acte aan den eischer in cassatie heeft doen beteekenen, en tevens bevel laten doen om binnen 2, althans binnen 30 dagen, te betalen de som van ƒ 270 voor verbeurde boete, wegens gedurende 18 maanden te late of vertraagde uitvoering van dat werk;

„dat de nu eischer tegen dit bevel in verzet is gekomen met dagvaarding van den nu verw. voor de regtb. te Maastricht, waarbij hij, ontkennende wegens vertraging boete, althans daarvoor het bedrag van ƒ 270 schuldig te zijn, de van-onwaarde-verklaring van het bevel heeft gevorderd; dat bij het bevel van den nu eischer is gevorderd de nakoming eener contractuële verpligting, bestaande in het betalen eener geldsom van ƒ 270, en dat de nu eischer in zijn verzet daartegen niets anders gevraagd heeft dan de nietigverklaring van dit bevel;

„O., dat hieruit te regt door het Hof is afgeleid, dat de waarde van het onderwerp van het geschil dat aan de kennisneming van den eersten regter is onderworpen geweest, de som van ƒ 400 niet te boven ging;

„O. toch, dat door het verzet en de dagvaarding van wege den eischer, die ontkende schuldig te zijn tegenover den verw., die beweerde dat aan hem verschuldigd was, en op dien grond bevel had gedaan, het door de regtb. te beslissen geschil geen ander was dan het zoude geweest zijn, indien de som waarvoor bevel gedaan is, bij dagvaarding ware geëischt, en de nu eischer, in dat geval gedaagde, de schuldpligtigheid had ontkend, op dezelfde gronden die hij in verzet tegen het bevel bij de regtb. heeft doen gelden, als wanneer het onderwerp van het geschil zoude zijn geweest eene personele regtsvordering tot betaling van ƒ 270 wegens verbeurde boete, en alzoo

de waarde van *f* 400 in hoofdsom niet te bovengaande;

„O., dat de regtb. alsdan in het hoogste ressort zoude hebben kennis moeten nemen, en het thans door de regtb. gewezen vonnis geheel daarmede gelijk staat, en bij gevolg evenzeer niet is appellabel;

„O., dat hiertegen niets afdoet hetgeen in de dagvaarding in cassatie wordt gezegd, dat bij het exploit van verzet met dagvaarding voor de regtb., verzet was gedaan tegen de executie en tegen al hetgeen in weêrwil van dat verzet mogt worden ondernomen, en gegrondverklaring was gevorderd van dat verzet, alsmede nietig- en van-onwaarde-verklaring van het bevel;

„O. toch, dat de waarde van het onderwerp van het geschil dat door gemeld exploit aan de kennisneming van de regtb. werd onderworpen, niet was onbepaald, maar noodzakelijk zich bepaalde tot de waarde waarvoor bevel gedaan was, en het cijfer dier waarde niet afhankelijk is van de geldigheid of ongeldigheid van het bevel of van de executie die daarop mogt volgen, noch ook van het beweren dat de titel, krachtens welken bevel is gedaan, niet zoude zijn een executoriale titel;

„O. voor wat betreft het beweren van den eischer in cassatie, dat bij het vonnis der regtb. middellijk over eene zaak van onbepaalde waarde zoude zijn regt gedaan, doordien zoude zijn beslist het geschilpunt of ingevolge de acte, die geëxecuteerd werd, eene doorloopende boete van *f* 15 per maand na zeker tijdstip verschuldigd werd; dat ook dit beweren is onjuist, daar, blijkens het reeds overwogene, het bevel, waartegen was opgekomen, was beperkt tot 18 maal *f* 15, en het onderwerp van het geschil derhalve niet verder reikte dan het bedrag van *f* 270, al is het dat volgens denzelfden maatstaf van berekening eene grootere som zou kunnen zijn gevorderd, wanneer bevel was gedaan voor een grooter getal maanden verzuim, daar het onderwerp van het geschil niet

bepaald wordt door hetgeen uit gelijken hoofde zou kunnen verschuldigd worden, maar door hetgeen als verschuldigd gevorderd wordt, en het er dan verder niet toe doet, of de regter, om tot eene beslissing daarover te geraken, in zijne overw^{n} een ruimer veld van beschouwing moet betreden, daar de beslissing ook dan niet verder reikt dan tot datgeen wat gevorderd is;

„O. eindelijk, wat betreft het beweren van den eischer in cassatie dat de regtb. zou zijn geweest onbevoegd uit hoofde van het onderwerp van het geschil, omdat een gedeelte van het geschil zoude hebben geloopen over punten, die volgens de akte van dading zouden behooren tot de kennisneming van scheidsmannen, en dat uit dien hoofde, volgens a. 333 B.-R., in ieder geval het vonnis der regtb. zoude zijn onderworpen aan hooger beroep, dat ook dit beweren niet kan opgaan;

„O. toch, dat, daargelaten, dat bij het *middel* a. 333 evengenoemd niet is vermeld, bij de regtb., na 's Hofs arr. van 24 Apr. 1877 geen geschil over onbevoegdheid is opgeworpen, en door de regtb. ook over bevoegdheid of onbevoegdheid geene beslissing is gegeven, in welke gevallen alleen spraak zou kunnen zijn van appel op grond van a. 333; dat zoodanig geval ten deze niet bestaat, terwijl, voor zoover bij dit *cassatie-middel* mogt bedoeld zijn overschrijding van regtsmagt door de regtb., daartegen geen appel aan het Hof, maar beroep in cassatie aan den H.-R. tegen het vonnis der regtb. te pas kwam, ingevolge a. 99, n° 3, R.-O.;

„O. bijgevolg, dat geen der gronden, waarop de voorziening tegen 's Hofs arr. berust, is aannemelijk;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N°. 1646. — Arrest van 27 Junij 1879.

(A. 577 en 651 B.-W.)

Is het voor de toepasselijkheid van a. 577 *B.-W. een vereischte dat de plaat, tijdens haar ontstaan, omvaarbaar is geweest?* — Ja.
Staat facto *vast, dat dit juist hier het geval is geweest?* — Ja.
Moet, waar dit vaststaat, ieder denkbeeld van aanslijking of aanwas, als bedoeld bij a. 651 *B.-W., vervallen?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De stelling van de eischers in cassatie is deze: dat gronden, om in den zin van a. 577 B.-W. te kunnen beschouwd worden als eiland of plaat, opgekomen in eene bevaarbare of vlotbare rivier of stroom, tijdens hun ontstaan aan alle zijden door bevaarbaar rivierwater moeten omgeven zijn, dat is omvaarbaar zijn.

„Het Hof, voor hetwelk dit beweren ook gevoerd werd, besliste daaromtrent in de tweede overw. *in jure* van het beklaagde arr., dat, wanneer de omvaarbaarheid, bij gemiddeld laag water als kenmerk moest aangenomen worden, om de opgevorderde gronden als een eiland of plaat in het Hollandsch Diep opgekomen, te beschouwen, de grief tegen het vonnis *a quo* gegrond zou zijn, daar niet bewezen is, dat in de geul die zich tusschen den grond, genaamd *het Sasseplaatje* (dat ten deze door den Staat wordt gerevindiceerd) en den vasten wal, bevindt, *bij laag water* genoegzaam water was om er te kunnen doorvaren.

„Het Hof besliste echter, dat de wet het bedoelde vereischte niet stelde, maar a. 577 B.-W., om eilanden of platen als eigendom van den Staat te beschouwen, alleen vorderde, dat zij in bevaarbare en vlotbare stroomen of rivieren zijn opgekomen; dat de regter *a quo* teregt op grond der verklaringen van de getuigen als bewezen heeft aangenomen dat *het Sasseplaatje*, als plaat is opgekomen in het Hollandsch Diep, op

eenigen afstand van den vasten wal en dat er, althans bij het ontstaan der plaat, stroomend water liep tusschen de plaat en den vasten wal, terwijl uit de getuigenverklaringen is gebleken, dat de plaat bij gemiddeld hoog water kon worden omgevaren, zoodat de Staat het regt had dien grond als zijn eigendom op te vorderen.

„In het arr. wordt nog bovendien uitdrukkelijk verklaard, dat het Hof zich met de gronden van de regtb. vereenigt en die overneemt.

„Bij de dagvaarding in cassatie wordt beweerd, dat het Hof door de stelling van de eischers te miskennen, heeft geschonden en verkeerd toegepast a. 577 B.-W., voor zooveel noodig in verband met a. 651 *ibid.*

„Op den voorgrond meen ik te mogen stellen, dat in geen der beide aangehaalde a. van omvaarbaarheid sprake is.

„De gewone grammaticale beteekenis van het woord *eiland* doet ook niet aan dat vereischte denken.

„Onder eiland verstaat men een stuk grond aan alle zijden door water omgeven, zonder dat de meerdere of mindere diepte van dat water daarbij in aanmerking komt.

„Om eigendom van den Staat te zijn moeten de eilanden en platen zijn opgekomen in *de bevaarbare en vlotbare rivieren en stroomen;* daaruit kan men echter m. i. ook niet tot het vereischte van omvaarbaarheid der eilanden of platen besluiten, want de bevaarbare en vlotbare rivieren zijn niet altijd over hare geheele breedte even diep en bevaarbaar, en die gedeelten behooren toch *ook* tot de bevaarbare *rivier*, juist op de ondiepere gedeelten zullen waarschijnlijk eerst de platen opkomen, en een eiland in dergelijk gedeelte ontstaan, is toch ook opgekomen in de bevaarbare en vlotbare rivier, al is die op dat gedeelte ook bij sommige waterstanden te ondiep om bevaren te worden, en dus het eiland ook niet omvaarbaar.

„Let men op de definitie in a. 651 B.-W. van aanspoelingen, en tracht men daaruit het begrip van eiland of plaat

in a. 577 duidelijk te maken, dan kan dit m. i. ook niet tot het aannemen van het vereischte van *omvaarbaarheid* voor eilanden doen besluiten. Ik geef toe, dat het zeer mogelijk is, dat de aanslijkingen en aanwassen die langzamerhand en ongemerkt aan de landen bij een loopend water gelegen, aangroeijen, vooral bij rivieren, die den invloed van eb en vloed ondervinden, zoo grillig zich vormen, dat zij eene hoogte daarstellen eenigen afstand van den oever af, terwijl de daarmede geheel zamenhangende aanwas bij den oever nog met eenig water bedekt is, dat de plaat dus ontstaat op reeds aangewassen grond en daarmede een geheel uitmaakt, dat die als het ware gegroeid is op den rug van vroeger aangewassen gronden. De *judex facti* zal in ieder bijzonder geval hebben te onderzoeken en te beslissen of dit het geval is, dan wel of er sprake is van eene verhevenheid, zelfstandig in de rivier *opgekomen*, niet in verband staande met den aanwas van den oever. De beslissing daaromtrent zal dikwijls moeijelijk zijn. De omvaarbaarheid, zelfs bij laag water, van zulk eene verhevenheid, zal zeer zeker op het oordeel van den regter van grooten invloed kunnen zijn, omdat hoe dieper de scheiding is tusschen den opwas en den oever, er des te minder vermoeden bestaat van zamenhang tusschen beiden. Nergens is echter de omvaarbaarheid als wettig criterium voor de afscheiding gesteld, en de regter zal zich dus op alle andere wijzen mogen overtuigen van het ontbreken van den bedoelden zamenhang. Naar dien zamenhang is *in casu* door den feitelijken regter onderzoek gedaan, en bij het vonnis, waarop de gronden en beslissingen bij het beklaagde arr. worden overgenomen, wordt uitdrukkelijk uit de verklaringen der getuigen aan het slot der 17e overw. opgemaakt, „dat elke veronderstelling, „dat de plaat zou zijn ontstaan op reeds aan den ooster wal „aangewassen grond, zij het ook als een rug van klapzand, „is uitgesloten," terwijl in de 15e en 16e overw. wordt beslist, dat *het Sasseplaatje* als *plaat in* de rivier is ontstaan,

langzamerhand naar den wal wat is overgewerkt, waardoor de geul naauwer en ondieper is geworden, dat zij naar den kant van den vasten wal en de haven van Strijen is toegenomen, waardoor de diepte of geul minder breed en diep is geworden, en in de 11e overw. dat de plaat langzamerhand door aanwas in omvang is toegenomen ook naar de havenzijde.

„Ik moet met nadruk op deze geheel feitelijke beslissing wijzen, omdat die alleen tot grondslag van beoordeeling der questie in cassatie kunnen strekken, en daaruit ontegenzeggelijk volgt, dat men hier te doen heeft *niet* met *aanwas* aan den oever, maar met een *plaat*, *opgekomen* in de bevaarbare rivier, en dus noch a. 577 B.-W. noch eenige andere wetsbepaling door de beslissing des regters is geschonden of verkeerd toegepast.

„En hiermede zou ik kunnen besluiten, ware het niet, dat ik nog had te bespreken het beweren, namens de eischers gevoerd, dat in ons oud-vaderlandsch regt het bewijs van omvaarbaarheid voor revindicatie van gronden als eiland werd gevorderd, en alleen een zoodanige grond die bij laag water kon omgevaren worden als eiland werd beschouwd. De stelling zou alleen alsdan eenige kracht hebben, indien vaststond, dat onze wetgever die zoo gewilde oude opvatting ware getrouw gebleven, en daarom met de woorden *eiland* en *plaat* in a. 577 B.-W. alleen zoodanige gronden heeft bedoeld, hetgeen niet is aangetoond en mij althans niet gebleken.

„Al dadelijk blijkt niets van het bedoelde vereischte uit de definitie van *insula* bij VOET ad *Pand. de Acq. ver. dom.* 41, 1, n° 17. „Insula est quasi proprius quidam fundus, a „fundo ante quem nascitur, *naturaliter* aqua distinctus nec ei „cohaerens.” De diepte van het water blijft daar geheel buiten aanmerking. Alleen de *cohaerentie* met den oever wordt vermeld, die hier *in facto* is uitgemaakt niet te bestaan.

„Het geheele betoog van wege de eischers gevoerd, steunt eigenlijk op een plaats bij DE GROOT, in zijn werk: *de jure*

belli ac pacis, Liber II, caput VIII, n° 14, die door alle schrijvers over oud-vaderlandsch regt en ook door Fransche schrijvers wordt aangehaald, door de laatsten echter minder om aan te toonen wat regt is, dan wel wat de vroegere Hollandsche toestanden omtrent waterregt waren.

„De beroemde schrijver wijst daar op de moeijelijkheid om te beslissen of eene verhevenheid, die zoo zamenhangt (*cohaerit*) met den oever, dat evenwel daartusschen een met water overstroomde vlakte bestaat, eiland is of aanwas, eene moeijelijkheid, waarop ik ook reeds wees. Welken regel bij de beoordeeling daarvan te volgen? Hij geeft daaromtrent geen bepaald voorschrift, maar antwoordt: „Mores hic variant" en nu geeft hij verder twee plaatselijke gebruiken op, nl. dat in Gelderland aan den oever-eigenaar toekomt, wanneer hij dien occupeert, de grond, welken hij met een beladen mestkar kan bereiken, en in het land van Putten, de grond, dien men, zich zoover mogelijk in de rivier begevende, met zijn zwaard kan beroeren. Ten slotte voegt hij er bij: „Maxime naturale est, ut discretum videatur id qua „majori temporis parte navigio transiri solet". Dit zal wel niemand ontkennen, dat twee terreinen, waartusschen zich een bevaarbare stroom bevindt, als gescheiden en niet cohaerent kunnen beschouwd worden. Zoo werd ook beslist bij het arr. aangehaald bij Dalloz, *Rép*, voce *Propriété* n° 471, dat, wanneer een opwas in eene rivier door een waterarm van 62 meter breedte van den oever was gescheiden, waardoor onder alle waterstanden schuiten voeren, die verhevenheid niet als aanwas van den oever kon beschouwd worden.

„Maar volgt daar nu uit, dat de Groot den naam van *eiland* ontzegt aan de platen, die volgens Geldersche of Puttensche gewoonte op bedoelde wijzen konden worden bereikt, en alleen *eilanden* noemt de gronden die kunnen worden omvaren? Geenszins. De Groot zal wel de beste uitlegger zijn van zijne eigene woorden, en nu lezen wij in zijne Inleiding,

2e boek, 9e deel i. f.: „*Aengaende de Eylanden* is in de lande „van Putten een out gebruyk, dat die 't regt van aenwas heeft, „ook regt heeft tot *een plate*, die 't Landt zoo nae komt, dat „hij die van syn Landt gaende te voet met zyn swaert kan „bereyken". — Dus het is en blijft een *eiland* wat op de bedoelde wijzen wordt bereikt, maar door gewoonte had in die streken de oevereigenaar daarop onder de opgegevene omstandigheden regt. Nu is echter die regtstoestand veranderd, want de eilanden in de rivieren opgekomen behooren aan den Staat, en noch in Gelderland, noch in het land van Putten, noch elders in Nederland aan hen, die met een mestkar of zijn zwaard die eilanden kan bereiken.

„Voet, *l.l.*, zegt: „Est tamen, ubi etiamnum moribus „nostris, *insula in flumine nata* magis alluvionis quam insulae „*jure* regitur, et ob id *tamquam* alluvio ei cedit, ante cujus „agrum *enata* est." En dan volgen de beide mededeelingen omtrent plaatselijke gewoonten van de Groot, waarna hij vervolgt: „adeoque istac ratione occupando monstraverit *insulam* „talem velut agri sui partem ac *tamquam* alluvionem habendam „esse". Dus ook bij hem blijft de toegeëigende grond een *insula*.

„Ook de aangehaalde plaats uit: *Het tractaat van 't Recht* enz., afgedrukt achter de *Piscatio* van Dr. Bakhuizen van den Brink bl. 153, pleit tegen de opvatting der eischers. Daar staat niet, dat de gronden die men met bilhozen begaan kan, geen eilanden zijn, maar er wordt juist, blijkens de rubriek, uitdrukkelijk gesproken van: *eilanden in de rivieren opkomende*, even als in ons a. 577 B.-W.

„Indien daer", leest men „*eylanden* of ruyghten in de rivie„ren opquamen, die men met bilhozen niet begaen mag, com„peteren deselve den Grave alleen". Maar dat regt bestaat nu niet meer; de eilanden, die in de rivier opkomen, behooren altijd volgens a. 577 B.-W. aan den Staat, onafhankelijk van de omstandigheid of men die met bilhozen begaan kan of niet.

„En in geen van de bedoelde plaatsen is nog van een ver-

eischte van omvaarbaarheid sprake. Alleen vind ik melding gemaakt van het omvaren van een eiland in het Geldersch Waterrecht (*Geldersch Placaetboek III*, 278).

„Bij inzage daarvan zal het u echter blijken, dat het daar enkel betreft eene solemnele wijze van occuperen van opgekomen landen, zoowel door particulieren als „van 's Heeren wege", onder toezigt en met medewerking van de autoriteit, na kerkespraak, soms nog nadere bekendmaking, opdat belanghebbenden hunne regten zouden kunnen doen gelden, alles verband houdende met de toenmalige wijze van opdragt van onroerend goed. Die *bevaringen* geschiedden met een schuit of met een wagen (a. 4), van de laatste wijze spreekt DE GROOT. Als de bevaring niet gelukte, had men niet geoccupeerd, maar a. 12 zegt uitdrukkelijk: „Maer ingeval iemant sijne „voorgenomene bevaringe nae rechtsbehoor niet konde volbren„gen, sal hem nochtans ten allen tijden vrystaen de nadere „bevaringe te mogen tenteren". Op de vraag an insula an alluvio gaf dus de bevaring geen antwoord.

„Uit dit alles blijkt dit alleen, dat, zooals ik reeds opmerkte in mijne conclusie voorafgaande uw arr. van 8 Febr. 1878 (V. D. HON., *B.-R.* XLIII, 48; *Ned. Rspr.* CXVIII, 143) er vroeger in ons land groote onzekerheid en groot verschil bestond omtrent het regt op aanwas en op in de wateren opgekomen gronden, dat volstrekt niet overal de opgekomen eilanden behoorden aan de Gravelijkheid; maar uit geen der aangehaalde geschriften kan men opmaken, dat onze voorouders aan het woord *eiland* in juridischen zin, een bijzondere beteekenis hechtten, en vooral niet, dat zij daaraan het vereischte van omvaarbaarheid verbonden, en dat dientengevolge ook aan dat woord in ons wetboek die meer beperkte beteekenis moet worden toegekend.

„Wat betreft de plaatsen, aangehaald uit het *Répertoire* van DALLOZ, voce *propriété*, n° 473 en 536, waarbij ik nog voeg: PROUDHON, *Traité du Domaine public*, 4e deel, n° 1284,

bl. 105 volgg., merk ik alleen op dat die een uitnemenden leiddraad kunnen bevatten voor den *judex facti* om te beoordeelen of een plaat zelfstandig is opgekomen of zamenhangt met den aanwas aan den oever, maar dat die, waar door den *judex facti* feitelijk is beslist dat die zamenhang *niet* bestaat, in cassatie van geenerlei invloed kunnen zijn.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„Wat betreft het aangevoerde *middel* van cassatie, beweerde schending en verkeerde toepassing van a. 577 voor zooveel noodig in verband met a. 651 B.-W., omdat, evenals de particulier die naar aanleiding van a. 651 tegen den Staat gronden als *aanwas* revindiceert, zal hij in zijne vordering slagen, het bewijs moet leveren dat zij van den aanvang af verheeld waren aan den vasten wal, zoo ook de Staat die uit kracht van a. 577 tegen den particulier gronden als eiland of plaat opgekomen in eene bevaarbare of vlotbare rivier of stroom revindiceert, zal hij in die vordering slagen, te bewijzen heeft, dat zij tijdens hun ontstaan aan alle zijden door bevaarbaar rivierwater waren omgeven, dat is *omvaarbaar* waren, en laatstgemelde stelling door het Hof is miskend;

„O. dat bij het aangevallen arr., wat de daadzaken betreft, zijn overgenomen de overw^{n} van den eersten regter en dat daarbij is aangenomen dat het tusschen partijen buiten geschil is dat het Hollandsch Diep, waarin het *Sasseplaatje*, waarover het geschil loopt, hetzij dan als *op-* hetzij als *aanwas* ontstaan is in een bevaarbare of vlotbare stroom of rivier, en dat het dus was te onderzoeken of gemeld plaatje op de verklaringen der gehoorde getuigen geoordeeld moest worden al of niet in dat water te zijn opgekomen, zooals door het Domeinbestuur, oorspronkelijk eischer, nu verweerder in cassatie, werd beweerd;

„O., dat verder bij het vonnis, waaraan zich ten deze het Hof refereert, uit het getuigenverhoor als bewezen is

aangenomen, dat de grond het *Sasseplaatje* genaamd, als plaat is opgekomen in het Hollandsch Diep op eenigen afstand van den vasten wal, welke plaat bij haar ontstaan kon rondgevaren worden; dat zij naar den kant van den vasten wal en de haven van Strijen is toegenomen, waardoor de diepte of geul minder breed en minder diep is geworden, tot zij eindelijk, ten gevolge der aangelegde werken aan de haven van Strijen in twee deelen gescheiden, door aanslibbing aan den vasten wal is verheeld geworden;

„O., dat het alzoo naar het feitelijk aangenomene vaststaat dat de grond dien het hier geldt *is* eene plaat in de rivier opgekomen;

„O. toch, dat die grond daar wordt gezegd, volgens de gehoorde getuigen, te zijn opgekomen op eenigen afstand van den vasten wal en bij zijn ontstaan te hebben kunnen worden rondgevaren, zoodat als vaststaande moet worden aangenomen juist hetgeen aan zijde van de eischers wordt beweerd een vereischte te zijn voor de toepasselijkheid van a. 577, dat namelijk de plaat tijdens haar ontstaan omvaarbaar is geweest;

„O., dat hiertegen niet kon afdoen dat het is verklaard *niet* bewezen te zijn dat er ten allen tijde, zoo bij gewoon of bij laag water, voldoende diepgang voor de scheepvaart was, omdat daarbij tevens als *wel* bewezen is aangenomen dat er stroomend water liep langs de plaat en den voornoemden vasten wal, althans bij het ontstaan der plaat, en dit, in verband met het vroeger aangenomene, dat zelfs de plaat bij haar ontstaan heeft kunnen rondgevaren worden, datgeen als volkomen voldoende uitgemaakt moet doen beschouwen, wat a. 577 vereischt, dat het eiland of de plaat in de rivier zij *opgekomen;*

„O. dat wel aan zijde van de eischers bij pleidooi is beroep gedaan op hetgeen naar verschillende geachte schrijvers over oud Hollandsch regt in vroegeren tijd ten deze zou zijn regtens geweest, doch dat, vermits bij a. 577 B.-W. het onderwerp is geregeld en niet blijkt dat de wetgever bij gemeld a. met

de woorden *eiland* en *plaat* alleen zoodanige gronden heeft bedoeld, als vroeger daaronder zonden zijn begrepen, een beroep op een regt, dat vroeger mag hebben gegolden, ten deze niet kan afdoen;

„O. daarenboven, dat ook, wanneer met de eischers vroeger gegolden hebbende denkbeelden, waarop is gewezen, ten deze zouden moeten geacht worden van invloed te moeten zijn, dan nog daaruit slechts zou kunnen worden afgeleid dat een *eiland* of *plaat* in de rivier ontstaan, onder zekere omstandigheden aan den eigenaar van den naastbijgelegen oever kwam, geenszins dat aan de woorden *eiland* of *plaat* eene andere beteekenis werd gegeven dan daaraan naar den aard der zaak *moet* worden gegeven;

„O., dat alzoo, hier aanwezig zijnde datgeen wat voor het kenmerk van *eiland* of *plaat* bij a. 577 B.-W. wordt gevorderd, hierdoor ook alle denkbeeld vervalt dat hier sprake zou moeten zijn van aanslijkingen of aanwassen als bedoeld bij het mede aangehaalde a. 651 B.-W.;

„O., dat op grond van een en ander het voorgestelde *middel* van cassatie niet is aannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Verwijst de eischers in de kosten, in cassatie gevallen."

No. 1647. — Arrest van 30 Julij 1879.

(A. 10 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125; wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109.)

Is in zake van onteigening het beroep in cassatie alleen toegelaten tegen het eindvonnis? — JA.

Is de beslissing dat de omlegging van den spoorweg Zwolle — Almelo naar Deventer, tot welke omlegging het perceel van den eischer van cassatie benoodigd was, moet worden beschouwd als een integrerend deel van het werk, waarvan door de wet van 29 *Mei* 1877, St. n° 109, *het*

algemeen nut is verklaard, van feitelijken aard en het tegen die beslissing aangevoerde middel van cassatie reeds daarom onaannemelijk? — Ja.

Is aan a. 10 *der wet van* 28 *Aug.* 1851, St. n° 125, *voldaan, wanneer het voorstel van wet tot verklaring van het algemeen nut alleen aanwijst den aard en de strekking, zoomede de hoofdpunten ter bepaling der algemeene rigting van het werk?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Er is in deze zaak beroep in cassatie ingesteld, zoowel tegen het vonnis van 7 Apr. 1879, waarbij deskundigen zijn benoemd, als tegen het eindvonnis, waarbij de onteigening uitgesproken en de schadevergoeding bepaald is, en het *middel*, waarop deze voorziening steunt, heet: schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw., van de wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109, van de a. 5, 6, 10, 14 en 25, 1e lid en n° 1, O.-W. en van de a. 1 en 2 Alg.-Bep., omdat de regtb. aan de onteigenende partij haren eisch heeft toegewezen, ofschoon de wet ontbreekt, waarbij verklaard is het algemeen nut van het werk, waartoe het te onteigenen perceel zou moeten dienen.

„Door den verw. is geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring, immers tot verwerping der voorziening.

„De in de eerste plaats te beantwoorden vraag is dus of het beroep tegen beide vonnissen ontvankelijk is.

„De Raad heeft herhaaldelijk beslist, dat in zake van onteigening het beroep in cassatie alleen is toegelaten tegen het *eindvonnis*, en bij pleidooi is dan ook de ontvankelijkheid der voorziening tegen het interlocutoir door des eischers raadsman niet volgehouden, zoodat ik mij, voor wat dit punt betreft, bepaal tot de verwijzing naar de door den pleiter voor den verw. aangehaalde arrn van 7 Mrt. 1864, 29 Mei 1865 en 18 Apr. 1876 (v. d. Hon, *B.-R.* XXVIII, 385; *Rspr.* LXXVI, 276; — v. d. Hon., *B.-R.* XXIX, 444; *Rspr.* LXXX, 142; — v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 208; *Rspr.* CXII,

386), en naar de arr^{n} van 6 Apr. 1879 en 9 Sept. 1872 (v. D. Hon., *B.-R.* XXXIII, 395; *N. Rspr.* XCI, 303, en v. D. Hon., *B.-R.* XXXVII, 357; *Rspr.* CI, 334).

„Maar de voorziening tegen het eindvonnis is ontvankelijk krachtens de uitdrukkelijke bepaling van a. 52 O.-W., vermits die voorziening is ingesteld op de wijze en binnen den termijn bij dat a. voorgeschreven.

„Het *middel* kan echter niet opgaan.

„Volgens den verw. zou dit *middel* reeds daarom niet aannemelijk zijn, omdat daarbij weder aan het onderzoek van den regter wordt onderworpen wat bij het onaantastbaar vonnis van 7 Apr. is beslist, en beslist moest worden.

„Ik geloof niet, dat uit de plaatsing van a. 25 in de O.-W. volgt dat de vraag of de wet bestaat, waarbij het algemeen nut van het werk verklaard is, definitief bij het interlocutoir, houdende benoeming van deskundigen moet worden uitgemaakt. Dat is eene vraag waarvan de definitieve beslissing slechts kan plaats hebben bij het eindvonnis, juist omdat luidens a. 25 de eisch der onteigenende partij niet kan worden toegewezen, tenzij besta de wet, waarbij het algemeen nut van het werk verklaard is. Wat bij het interlocutoir daarover wordt beslist kan slechts eene voorloopige beslissing zijn, en wanneer dus de regter buiten de gevallen van nietigverklaring der dagvaarding of ontzegging van den eisch, om eenige andere reden overeenkomstig a. 27 deskundigen en een regter-commissaris moet benoemen, en een dagblad voor de aankondiging in a. 28 vermeld aanwijzen, dan bepaalt zich zijne taak tot die benoeming en aanwijzing, en heeft hij zich van elke definitieve beslissing *au fond* te onthouden. Dat heeft dan ook de regter die in deze zaak geoordeeld heeft gedaan; omtrent de ontvankelijkheid of gegrondheid der vordering tot onteigening bevat het vonnis van 7 Apr. geen dispositief; het dispositief van dat vonnis bevat niets anders dan de benoemingen en aanwijzing in a. 27 O.-W. voorgeschreven, en nu kan wel is waar

op die benoemingen en aanwijzing in cassatie niet worden teruggekomen, maar zeker wordt daardoor, welke ook de motieven van het interlocutoir mogen zijn, het onderzoek naar de juistheid der eindbeslissing niet uitgesloten.

„De eindbeslissing nu, de toewijzing van den eisch der onteigenende partij, berust, blijkens de 2e overw. *quoad jus* van het eindvonnis, mede op hetgeen bij het interlocutoir is overwogen omtrent het bestaan der wet, houdende verklaring van het algemeen nut van het werk, waarvoor de onteigening gevorderd wordt, en het is dus de vraag of de regtb., het bestaan dier wet aannemende, en den eischer in cassatie ongegrond oordeelende in zijne verdediging, dat die wet ontbreekt, de bij het *middel* genoemde wetsbepalingen heeft geschonden of verkeerd toegepast.

„Volgens den eischer zou dit het geval zijn, omdat de wet van 29 Mei 1877 wel inhoudt de verklaring, dat het algemeen nut de onteigening vordert van de eigendommen, noodig voor den aanleg van den spoorweg van Zwolle naar Almelo, maar niet van de eigendommen, noodig voor de verlegging van den spoorweg van Zwolle naar Deventer, zoodat het Kon. besluit ter uitvoering van de wet van 29 Mei 1877 genomen, mede ter onteigening aanwijzende het bij het vonnis *a quo* onteigende perceel van den eischer, hetwelk bestemd is, niet om deel te maken van den spoorweg van Zwolle naar Almelo, maar voor de verlegging van den spoorweg van Zwolle naar Deventer, geen gevolg zou kunnen hebben.

„De wet van 29 Mei 1877 verklaart, dat het algemeen nut de onteigening vordert van de eigendommen noodig voor den aanleg van een spoorweg van Zwolle naar Almelo; en het is dus niet de vraag of het onteigende stuk gronds van den eischer *een deel moet uitmaken van den spoorweg van Zwolle naar Almelo*, maar of de onteigening van dien grond noodig is *voor een tot den aanleg van den spoorweg Zwolle-Almelo gevorderd werk.* Wat tot dien aanleg vereischt wordt

bepaalt de wet van 29 Mei 1877 niet, en behoefde zij ook niet te bepalen; zij kon volstaan met, zooals zij gedaan heeft, den aard, de strekking en de hoofdpunten ter bepaling der algemeene rigting van het werk aan te wijzen (a. 10 O.-W.), Welke de omvang van het werk in zijne bijzonderheden is, moet blijken uit de kaarten en het plan, die tot grondslag van de wet gestrekt hebben. En nu heeft de regtb. beslist, dat de omlegging van den spoorweg van Zwolle naar Deventer reeds voorkwam op het plan en de kaarten, welke, na ter inzage legging, gestrekt hebben tot grondslag van de wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109, zoodat die omlegging, waartoe het perceel van gedaagde (nu eischer) benoodigd is, beschouwd moet worden *als een integrerend deel van het werk waarvan door die wet het algemeen nut is verklaard.* Die beslissing is zuiver feitelijk. Daardoor staat onomstootelijk vast, dat de onteigening van des eischers grond noodig is voor den aanleg van den spoorweg van Zwolle naar Almelo, en vermits bij de wet van 29 Mei 1877 is verklaard, dat het algemeen nut de onteigening vordert ter name van den Staat van de eigendommen noodig voor den aanleg van dien spoorweg, zoo ontbreekt niet de wet in de a. 147 Grw. en a. 25 O.-W. bedoeld, en kunnen dus ook die a. niet zijn geschonden. En is dat niet het geval dan kon ook geen sprake zijn van schending of verkeerde toepassing der overige in het *middel* aangehaalde wetsbepalingen, vermits die schending of verkeerde toepassing alleen is beweerd, op grond dat de wet zou ontbreken, waarbij verklaard is het algemeen nut van het werk, waartoe het te onteigenen perceel zou moeten dienen.

„Ik heb de eer te concluderen tot niet-ontvankelijk verklaring van het beroep, voor zooverre het tegen het vonnis van 7 Apr. 1879 is gerigt, overigens tot verwerping daarvan met veroordeeling van den eischer in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„O. dat, bij de daarvan ter griffie van de arr.-regt. te Zwolle, op 21 Junij 1879 opgemaakte acte, cassatie is aangeteekend èn van het vonnis van 7 Apr. èn van dat van 18 Junij 1879, beide in deze zaak gewezen;

„O., dat bij het vonnis van 7 Apr. zijn benoemd een regter-commissaris en deskundigen, met aanwijzing van een dagblad als naar de wet, en met veroordeeling van den toen gedaagde in de door zijne tegenspraak veroorzaakte proceskosten;

„O., dat wel bij dat vonnis zijn opgegeven de gronden waarom de tegenspraak tegen het gedaan verzoek van deskundigen benevens een regter-commissaris te benoemen niet kan opgaan, en dat die gronden ook reeds de zaak zelve raken, maar dat toch dat vonnis geen ander is dan dat, hetwelk naar a. 27 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, in elk geding van onteigening wordt gevorderd, alvorens tot eene eindbeslissing kan worden gekomen, zonder zelf eindvonnis te zijn;

„O., wat aangaat de al of niet-ontvankelijkheid van het beroep in cassatie, voor zoover het geldt het vonnis van 7 Apr., dat volgens a. 4 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, de bepalingen van het Wetb. van Burg. Regtsv. op het geding tot onteigening zijn toepasselijk, voor zooveel daarvan bij die wet niet is afgeweken, en dat mitsdien de al of niet-ontvankelijkheid van het beroep alleen daarvan afhangt of bij die wet op het onderwerpelijke punt is afgeweken van de gewone bepalingen der wet omtrent de voorziening in cassatie;

„O., dat het derde hoofdstuk der aangehaalde wet bevat bijzondere bepalingen ten aanzien van het geding tot onteigening, afwijkende van de gewone wijze van procederen in burgerlijke zaken, en beoogende den spoedigen afloop van dat geding; en dat bij elk der daarbij voorkomende regterlijke uitspraken is uitgedrukt de wijze van beklag daartegen, voor zoover zoodanig beklag als bij uitzondering is toegelaten.

„O., dat a. 26 tegen de daar bedoelde uitspraak toelaat hooger beroep, ingeval van nietig-verklaring der dagvaarding of ontzegging van den eisch om eenige andere reden, maar overigens daartegen geen regtsmiddel toekent;

„dat wel a. 52 tegen het eindvonnis toelaat eene bespoedigde voorziening in cassatie, doch dat deze daarbij is beperkt tot de einduitspraak en alzoo niet mag worden uitgestrekt tot die bedoeld bij a. 26;

„O., dat eene tegenovergestelde uitlegging ook daarom is onaannemelijk, omdat bij aanneming der gewone voorziening in cassatie tegen de bij a. 26 der wet aangeduide uitspraak, daarvoor tevens zouden moeten worden aangenomen de gewone termijnen zoo voor de gewone voorziening in cassatie als voor hare behandeling, en het noodzakelijk gevolg daarvan zoude zijn dat, in den regel, hangende de voorziening tegen zoodanig vonnis, de einduitspraak reeds in kracht van gewijsde zoude zijn gegaan;

„O., dat alzoo het beweren, dat de voorziening tegen het vonnis van 7 Apr. voormeld niet is ontvankelijk, gegrond is, zoodat de tegen de bij dat vonnis gegeven beslissing geopperde bezwaren geen punt van onderzoek kunnen uitmaken;

„Wat voorts aangaat het beroep tegen het eindvonnis van 18 Junij, dat als *middel* van cassatie is aangevoerd: beweerde schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw., van de wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109, van de a. 5, 6, 10, 14 en 25, 1e lid en n° 1 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125 en van de a. 1 en 2 Alg.-Bep., omdat de Regtb. aan de onteigenende partij (verw. in cassatie) haren eisch heeft toegewezen, ofschoon de wet ontbreekt, waarbij verklaard is het algemeen nut van het werk waartoe het te onteigenen, perceel zou moeten dienen;

„O., dat dit beweren zich daarop grondt, dat in het Kon. besluit, dat ter uitvoering van de ten deze in aanmerking komende wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109 is genomen, *ook*

is aangewezen het perceel van den eischer in cassatie waarvan de onteigening is uitgesproken, terwijl dit bestemd en noodig is, *niet* om een deel uit te maken van den spoorweg van Zwolle naar Almelo, waarvan de gemelde wet het algemeen nut verklaart, *maar* voor de omlegging van den spoorweg van Zwolle naar Deventer;

„O. te dien aanzien, dat bij het vonnis van 7 Apr., waartoe wat de regtsgronden aangaat waarop de reeds aanvankelijk blijkens dat vonnis gevoerde tegenspraak is afgewezen, het eindvonnis verwijst, is aangenomen dat de omlegging van den spoorweg van Zwolle naar Deventer reeds voorkwam op het plan en de kaarten, welke, na ter inzageligging, gestrekt hebben tot grondslag van de wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109;

„O. dat, op grond van hetgeen aldus feitelijk is aangenomen, te regt is beslist dat die omlegging, waartoe het perceel van den nu eischer benoodigd is, beschouwd moet worden als een integrerend deel van het werk waarvoor bij de gemelde wet is verklaard, dat het algemeen nut de onteigening van de benoodigde eigendommen vorderde;

„dat nu wel de bedoelde verlegging van een gedeelte van den spoorweg van Zwolle naar Deventer, ofschoon ter sprake gebragt, zoowel in de memorie van toelichting en in de verdere schrifturen betreffende het ontwerp van wet van 29 Mei 1877, *St.* n° 109, als in de over dat ontwerp in de zitting der Tweede Kamer van de Staten-Generaal van 12 Mei 1877 gevoerde beraadslagingen, in die wet zelve niet bij name wordt vermeld, maar dat dan ook zoodanige vermelding van deze bijzonderheid van het werk in de speciale wet niet werd vereischt, vermits volgens a. 10 der algemeene wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, het voorstel van wet tot verklaring van het algemeen nut alleen aanwijst den aard en de strekking, zoomede de hoofdpunten ter bepaling der algemeene rigting van het werk;

„O., dat dan ook hiermede vervalt des eischers beweren, dat de wet zou ontbreken die de onteigening zou wettigen van des eischers in deze bedoelde perceel, en dat op gemelde gronden het voorgestelde *middel* van cassatie niet is aannemelijk;

„Verklaart het gedaan beroep niet-ontvankelijk, wat betreft het interlocutoir vonnis op 7 Apr. 1879 tusschen partijen gewezen;

„Verwerpt het beroep tegen het eindvonnis;

„Verwijst den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

No. 1648. — Arrest v. 6 Oct. 1879.

(Koloniaal-appel.)

Wordt bij a. 9 der Verordening van 3 Febr. 1874 (Gouv.-bl. n° 3) *wel aan den bekeurde het regt gegeven om de geregtelijke vervolging te voorkomen door vrijwillige betaling binnen genoemden termijn, maar is ergens voorgeschreven dat het O.-M. niet ontvankelijk zou zijn in zijne vervolging, indien het vóór den afloop daarvan dagvaardt?* — Neen.

In deze zaak heeft, namens den Proc.-G., de Adv.-G. Smits, de volgende conclusie genomen:

„Een enkel woord vooraf over de aanleiding tot deze voorziening in cassatie in het belang der wet.

„Bij Verordening van 3 Febr. 1874, *Gouv.-bl.* n° 3, werd voor de kolonie Suriname ingevoerd eene gewijzigde belasting op het personeel. Bij a. 6 dier Verordening wordt aan de belastingschuldigen tot het doen van aangifte en betaling dier belasting een termijn van 3 maanden gelaten, loopende van primo Jan. tot ultimo Mrt. Zij welke dezen termijn hebben laten verloopen zonder aan hunne verpligting te voldoen, zijn ingevolge a. 9 strafbaar met eene geldboete. De laatste al. van dit a. bepaalt: „De bekeurde kan de geregtelijke vervol-

„ging voorkomen door de vrijwillige betaling, binnen 14 dagen „na de bekeuring, van de boete tot het bedrag door den Proc.-G. „te bepalen, alsook van de kosten bij of sedert de bekeuring „gemaakt" enz.

„Nu is het aantal nalatigen, die wegens overtreding der bedoelde Verordening vervolgd moeten worden, zeer groot. Volgens mededeeling van den Proc.-G. in Suriname was het getal der overtreders gedurende de jaren 1875, 1876, 1877 en 1878 gemiddeld 2600 per jaar, dat is meer dan 5 °/₀ der bevolking, die onder het bereik der wetten in de kolonie Suriname valt. In het jaar 1878 alleen was dat getal 2818.

„De bevolking, die onder het bereik der wet valt, is over de uitgebreide kolonie verspreid. Het is bijna ondoenlijk voor de beambten met het constateren van overtredingen belast wegens de verre afstanden, de gebrekkige middelen van vervoer en de groote kosten daardoor aan het reizen verbonden, bij het groot aantal overtreders eerst eene reis te maken om de bekeuringen te doen en eenigen tijd daarna daar ter plaatse terug te keeren om te dagvaarden.

„Dit is vooral het geval met het district Boven-Suriname. Daarom worden jaarlijks na 1 Apr. derwaarts togten ondernomen en daarbij zooveel mogelijk alle gronden, ook de verst afgelegene, bezocht. De brigadier, die den commissaris vergezelt, bekeurt dan de nalatigen, die onmiddellijk daarna worden gedagvaard om voor den ommegaanden regter te verschijnen, met in achtneming, ingevolge a. 9, van minstens 14 dagen tusschenruimte tusschen den dag der bekeuring en dien, waarop zij voor den regter moeten verschijnen. Deze maatregel, genomen ter vermijding van ontzaggelijke moeite en kosten, had tot dusverre geen bezwaar bij den regter ondervonden, totdat eensklaps in die zienswijze verandering is gekomen.

„Aan C. W. en 10 andere personen (de gereqⁿ in deze), allen wonende in het kamp van Broos, is op 26 Nov. jl. verzocht vertooning van het bewijs van betaalde belasting op het

personeel over 1878, en toen zij dit niet bezaten, werd tegen hen proces-verbaal opgemaakt en werden zij op dienzelfden 26n Nov. gedagvaard om te verschijnen ter teregtzitting door den ommegaanden regter van Paramaribo, 17 Dec. te houden op station Domburg. Toen zij ten dienenden dage aldaar niet verschenen, is tegen hen verstek verleend, en daarna heeft genoemde regter bij zijn eindvonnis van 31 Dec. den districtscommissaris niet-ontvankelijk verklaard in de onderwerpelijke strafvervolging, en op het hooger beroep van het O.-M. heeft het Hof bij arr. van 29 Mrt. jl., na tegen de beklaagden, die ook toen weder niet waren verschenen, verstek te hebben verleend, het vonnis van den eersten regter eenvoudig, zonder nieuwe gronden bij te brengen, bevestigd.

„Deze niet-ontvankelijkheid berust op eene opvatting van het voorschrift in het laatste lid van a. 9 der Verordening, die m. i. onjuist is, zoodat ik vermeen te mogen klagen over verkeerde toepassing van dit a.

„De ommegaande regter is van oordeel dat volgens de bedoelde bepaling geene strafvervolging mag worden ingesteld binnen 14 dagen na de bekeuring, en dus binnen dien termijn ook geene dagvaarding ter zake der overtreding mag uitgaan, zoodat *in casu* niet vóór 11 Dec. had mogen worden gedagvaard.

„Nu betwijfel ik vooreerst zeer of de bedoelde bepaling niet is een bloot administratief voorschrift, dat niet betreft de openbare orde, zoodat de regter, indien de belanghebbende zich niet daarop beroept, daaraan geene exceptie kan ontleenen, en in dat geval kwam in deze procedure, waar de beklaagden in beide instantiën verstek lieten gaan, eene ambtshalve niet-ontvankelijkverklaring niet te pas. Maar dit daargelaten, de termijn aan de bekeurden gelaten om door transactie de verdere vervolging te voorkomen hebben de beklaagden ruim gehad.

„Het verbod om gedurende dien termijn te dagvaarden staat nergens in de Verordening te lezen en kan ook niet uit haren geest worden afgeleid.

„De beslissing berust alleen op eene m. i. te enge opvatting der woorden: „*de geregtelijke vervolging voorkomen*" in de wetsbepaling.

„Ik geef toe dat ook naar de beginselen der strafverordening voor Suriname van 1874 (*Gouv.-bl.* n° 10) de zaken door dagvaarding worden aanhangig gemaakt bij de ommegaande regters, en dat dus in het algemeen kan gezegd worden dat de geregtelijke vervolging met de dagvaarding aanvangt.

„Maar mij dunkt, dat de wetsbepaling zóó moet uitgelegd worden, dat de bekeurde door transactie binnen den gestelden termijn, vóór de dagvaarding de geheele regtsvervolging en na de dagvaarding de verdere vervolging kan voorkomen.

„Dit volgt 1° uit den verderen inhoud van het a. De vervolging, lezen wij daar, kan voorkomen worden door de betaling van de boeten door den Proc.-G. te bepalen: „alsook „van de kosten bij of *sedert* de bekeuring gemaakt."

„Die kosten nu, *sedert* de bekeuring gemaakt, kunnen onmogelijk andere zijn dan juist die van dagvaarding.

„Het blijkt voorts 2° uit de vergelijking van de bepaling met soortgelijke zoowel in de kolonie als in het moederland. A. 203 Sg voor Suriname spreekt ook van het *voorkomen* van regtsvervolging, en daarbij wordt toch uitdrukkelijk gezegd, dat de bekeurde zal hebben te betalen het maximum der boeten met de kosten, *indien hij reeds was gedagvaard*, waaruit duidelijk blijkt dat met *voorkomen van regtsvervolging* ook wordt gedoeld *op voorkomen van verdere vervolging* als die reeds was aangevangen.

„Geheel hetzelfde is het geval met a. 254 van ons Wetb. van Sg, waaromtrent men vergelijke het arr. van den H.-R. van 12 Apr. 1865 (v. D. Hon., *J. en V.* VII, 51; *N. Rspr.* LXXIX, 473). Op deze materie heeft ook betrekking uw arr. van 28 Dec. 1869 (v. D. Hon., *G.-Z.* XXV, 93; *Rspr.* XCIII, 270).

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot cassatie in het belang der wet van het beklaagde vonnis, en dat de H.-R. het O.-M. zal verklaren *ontvankelijk* in zijne vervolging, zonder dat het te wijzen arr. eenig nadeel kan toebrengen aan de regten door partijen verkregen; de kosten te dragen door den Staat."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van den Proc.-G. bij den H.-R., req. van cassatie *in het belang der wet* tegen een vonnis van het Hof van Justitie in Suriname van 29 Mrt. 1879, bevestigende een vonnis van den ommegaanden regter te Paramaribo van 31 Dec. 1878, waarbij in zake 1° C. W., 2° J. L., 3° L. B., 4° G. B., 5° D. B., 6° A. L., 7° A. D., 8° C., 9° F., 10° C. H., 11° M., allen wonende in het kamp van Broos, de districts-commissaris van Boven-Suriname niet-ontvankelijk is verklaard in de door hem ingestelde vordering, zijnde bij beide vonnissen de kosten gebragt ten laste van den lande;

„O., dat de gereqn op 26 Nov. 1878 door den brigadier titulair bij de marechaussée W. S. zijn bekeurd en op denzelfden dag gedagvaard voor de teregtzitting van den ommegaanden regter, gevestigd te Paramaribo, te houden op 17 Dec. 1878 op station Domburg, ter zake van het niet binnen den wettelijken termijn doen van aangifte en betaling der belasting op het personeel over 1878;

„dat bij het beklaagde vonnis de districts-commissaris van Boven-Suriname niet-ontvankelijk is verklaard in de te dier zake ingestelde strafvervolging, op grond dat volgens a. 9 der Verordening van 3 Febr. 1874, *Gouv.-bl.* n° 3, de bekeurde geregtelijke vervolging kan voorkomen door de vrijwillige betaling binnen 14 dagen na de bekeuring van de boete en kosten, en derhalve binnen dien termijn geene strafvervolging mag worden ingesteld of dagvaarding mag uitgaan;

„dat tegen deze beslissing het eenig *cassatie-middel* is gerigt;

„O. dienaangaande, dat bij het aangehaalde a. wel aan

den bekeurde het regt gegeven wordt om de geregtelijke vervolging te voorkomen door vrijwillige betaling binnen den genoemden termijn, maar nergens is voorgeschreven, dat het O.-M. niet ontvankelijk zou zijn in zijne vervolging, indien het vóór den afloop daarvan dagvaardt;

„dat in het vonnis van den ommegaanden regter, met welks gronden en motieven het Hof van Justitie zich vereenigt, die niet-ontvankelijkheid wordt afgeleid uit het regt van den bekeurde om de vervolging door betaling te *voorkomen*, zoodat binnen den genoemden termijn geene strafvervolging zou mogen worden ingesteld, en, daar de zaken aanhangig worden gemaakt door dagvaarding, ook geene dagvaarding zou mogen uitgaan;

„dat deze gevolgtrekking echter onjuist is, daar het woord *vervolging* ook in meer beperkten zin gebruikt wordt van de behandeling der zaak ter teregtzitting, en dus van een *voorkomen der vervolging* zeer wel gesproken kan worden, indien deze behandeling door het betalen der boete onnoodig wordt gemaakt;

„dat het woord die beteekenis omvat in a. 203 S[g] voor Suriname, waar uitdrukkelijk gezegd wordt, dat de beklaagde de regtsvervolging kan voorkomen door vrijwillig het maximum der boete te betalen met de kosten, *indien hij reeds was gedagvaard;*

„dat ook de wetgever in het aangehaalde a. 9 geene andere bedoeling had, daar hij aan den bekeurde de verpligting oplegt van betaling der kosten bij of sedert de bekeuring gemaakt, van welke laatste niet wel sprake zou kunnen zijn, indien eerst na verloop van den termijn van 14 dagen verdere maatregelen van vervolging genomen konden worden;

„dat het voorgestelde *middel* van cassatie mitsdien is gegrond;

„Vernietigt het vonnis, door het Hof van Justitie in Suriname in deze zaak gewezen, in het belang der wet;

„Verklaart het O.-M. ontvankelijk in zijne vervolging, zon-

der dat deze beslissing eenig nadeel kan toebrengen aan de regten door partijen verkregen;

„De kosten te dragen door den Staat."

N° 1649. — Arrest van 7 November 1879.

(A. 1527, 1540, 1541 en 1902 B.-W.)

Hecht de wet, blijkens a. 1540 *en* 1541 *B.-W., aan de woorden „verborgen gebreken" een bepaalde beteekenis?* — Ja.

Volgt uit a. 1540 *dat, onverschillig welke hare oorzaak zij, al die ongewone hoedanigheden van een voorwerp, welke het gewone gebruik, waartoe het bestemd is, beletten of verminderen*, gebreken *zijn?* — Ja.

Volgt uit de in a. 1541 *voorkomende tegenstelling, dat ook in het algemeen* zigtbare *gebreken voor* verborgene *moeten gehouden worden, indien de kooper ze bij den koop niet had kunnen ontdekken?* — Ja.

De eischer in cassatie, vertegenwoordigd door den adv. Mr. S. van Houten, heeft, tegen een arr. (in hooger beroep) van het Geregtshof te Leeuwarden van 28 Mei 1879, de verw^sse^ doen dagvaarden, en daarbij doen aanzeggen als volgt:

„A. de verw^sse^ bij introductief exploit van 25 Julij 1877 den eischer in cassatie heeft gedagvaard voor de arr.-regtb. te Winschoten om een op 27 Junij 1877 tusschen partijen gesloten koop van een paard te hooren vernietigen, op grond, dat dat paard zou lijden en reeds tijdens den verkoop zou hebben geleden aan dampigheid, een verborgen gebrek;

„A. de arr.-regtb. bij haar eindvonnis van 29 Mei 1878 dezen eisch op grond van gemis aan bewijs heeft ontzegd, doch op het door de verw^sse^ ingesteld hooger beroep het Geregtshof te Leeuwarden bij het bestreden arr. de *posita* van eisch bewezen heeft verklaard en den eisch toegewezen;

„A. het Hof heeft aangenomen dat het paard leed aan dampigheid, doch aan dat woord een ruimeren zin heeft gege-

ven dan daaraan gewoonlijk en ook in het vonnis der arr.-regtb. wordt gehecht;

„A. toch het Hof, in strijd met het oordeel der regtb., welke zich op dit punt bij het gevoelen der gehoorde deskundigen aansloot, onder dampigheid niet alleen verstaat een pathologisch lijden (asthma) maar ook ongewoon snelle ademhalingsverrigtingen ten gevolge van eenig *organisch gebrek*, *in casu* van de aan opgeschorte, platribbige paarden eigene minder ruime of naauwe borstkas;

„A. bij laatstgemelde ruime opvatting dampigheid niet *per se* een verborgen gebrek is, maar bij die opvatting de beslissing der vraag of er een verborgen gebrek is, afhangt van de vraag of het organisch gebrek zigtbaar is, en dat gebrek en zijne gevolgen door den kooper konden zijn waargenomen;

„A. in het arr. als oorzaak van den min wenschelijken toestand der ademhalingsverrigtingen bij het quaestieuse paard door het Hof wordt aangenomen zijne minder ruime borstkas (overw. 19) en zulks op gezag van de deskundigen, die hieromtrent volgens de 9e overw. hebben verklaard, dat de geconstateerde verschijnselen kunnen worden toegeschreven aan den bouw van het paard, daar bij opgeschorte, platribbige paarden gelijk het onderwerpelijke, de borstkas minder ruim is;

„A. alzoo volgens de feitelijke beslissing zelfs geen gebrek in den zin der wet en in allen gevalle geen verborgen gebrek bewezen is, maar slechts een uit den bouw van het paard blijkende toestand van een der ademhalingsorganen, zoodat ten onregte door het Hof in zijne 17e overw. wordt aangenomen dat ook in dezen vorm en bij deze geconstateerde oorzaak dampigheid moet gerekend worden tot de verborgen gebreken in den zin der wet te behooren;

„A. toch onze wet zich niet inlaat met de vraag wat in de veeartsenijkunde als dampigheid te qualificeren zij, maar uitdrukkelijk eischt een verborgen gebrek en, om alle misvattingen

als die, waarin het Hof verviel, nog uitdrukkelijk aftesnijden daaraan toevoegt, dat de verkooper niet behoeft in te staan voor zigtbare gebreken, welke de kooper zelve had kunnen ontdekken;

„A. het Hof op grond der in zijn arr. geconstateerde feiten a. 1541 en niet a. 1540 B.-W. toepasselijk had behooren te verklaren en het vonnis der regtb. had behooren te bevestigen; mitsdien te hooren voorstellen als *eenig middel:* verkeerde toepassing van de a. 1527 en 1540, en schending van de a. 1541 en 1902 B.-W., door den van den normalen maatstaf bij paarden afwijkenden toestand van een paard ten aanzien zijner ademhalingsverrigtingen, ontstaande uit den bouw zelven van het paard, namelijk uit zijne, aan opgeschorte, platribbige paarden, als het onderwerpelijke, eigene minder ruime borstkas, zonder eenig pathologisch lijden, te rekenen onder de verborgene gebreken, bedoeld bij a. 1540 voornoemd, en een op dit a. steunenden eisch toe te wijzen, waar in den zin der wet geen gebrek, en in allen gevalle geen verborgen gebrek is bewezen;

„Concluderende dat het de H.-R. moge behagen het arr., waarvan cassatie, te vernietigen, en op de bewezen verklaarde feiten zelf regtdoende, het vonnis van de arr.-regtb. te Winschoten van 29 Mei 1878 te bevestigen, met veroordeeling van de verw^sse in de kosten, in hooger beroep en in cassatie gevallen."

Voor de verw^sse is geconcludeerd als volgt:

„A. bij het aangevallen arr., door het Hof te Leeuwarden 28 Mei 1879 tusschen partijen gewezen, de koop van zeker door den eischer op 27 Junij 1877 aan verw^sse verkocht paard is vernietigd, op grond dat dit paard tijdens de overeenkomst leed aan dampigheid; hoedanige dampigheid, bepaaldelijk ook in den vorm waarin dat gebrek bij het paard in geschil aanwezig is bevonden, gerekend moet worden te behooren tot de verborgen gebreken in den zin der wet; en dat dit verborgen

gebrek geacht moet worden van dien aard te zijn dat, bijaldien de verw[sse] het gekend had, zij het paard niet zou hebben verkocht;

„A. de dagvaarding in cassatie stelt dat de *judex facti* aan de dampigheid, welker bestaan hij aanneemt, heeft gegeven eenen ongewoon ruimen zin, bij welken dampigheid niet *per se* een verborgen gebrek is, en voorts beweert verkeerde toepassing van de a. 1527 en 1540, en schending van de a. 1541 en 1902 alle van het B.-W., door den van den normalen maatstaf bij paarden afwijkenden toestand van een paard ten aanzien zijner ademhalingsverrigtingen, onstaande uit den bouw zelven van het paard, zonder eenig pathologisch lijden, te rekenen tot de verborgen gebreken, bedoeld bij a. 1540 B.-W.;

„A. het Hof, blijkens zijn arr., onder dampigheid verstaat niet alleen een pathologisch lijden, maar elke chronische belemmering in de ademhalingsverrigtingen zonder koorts, en beslist dat zoodanig gebrek bij het bewuste paard is waargenomen, onder anderen op grond dat een gezond paard voor een ledigen of ten deele belasten wagen in snellen draf op vasten of in matigen draf op weeken bodem, veel minder ademtogten per minuut heeft te doen, dan bij het bewuste paard zijn geconstateerd;

„A. voorts het Hof als de onzigtbare oorzaak van dit geconstateerde chronisch gebrek in de ademhaling aanneemt een organisch gebrek van de borstkas, dat de longen in hare vrije werking beperkt, gepaard met een buitengewoon prikkelbaren en schrikachtigen aard van het paard;

„A. noch eischers beweren, dat de bewezen toestand van het paard in quaestie in den zin der wet geen gebrek, en in allen gevalle geen verborgen gebrek mag heeten, maar hoogstens de rede kan zijn van een bij a. 1541 bedoeld zigtbaar gebrek, hetwelk de kooper had kunnen ontdekken, noch het door hem voorgedragen *cassatie-middel* houdbaar is tegen deze feitelijke beslissingen;

„A. toch een chronisch gebrek in de ademhaling wel zal wezen een gebrek van het paard;

„A. voorts de motieven, waarop de dagvaarding het voorgedragen *cassatie-middel* doet steunen, allen berusten op de voorstelling, als hadde het Hof uitgemaakt dat dit gebrek (te weten de zeer abnormale toestand, waarin het paard ten aanzien zijner ademhalingsverrigtingen verkeert) alleen en uitsluitend veroorzaakt wordt door eene minder ruime borstkas, toe te schrijven aan den bouw van het paard, als behoorende tot die opgeschorte, platribbige paarden, bij welke de borstkas minder ruim is;

„A. echter deze voorstelling, ten betooge dat in geen geval een onzigtbaar gebrek kon aanwezig zijn, aandruischt tegen 's Hofs aanname, dat de onzigtbare oorzaak van het gebrek gelegen is niet alleen in het geconstateerd organisch gebrek der borstkas, maar ook in den aard van het dier;

„A. dus reeds op dezen grond het aangevoerde *cassatie-middel* zal moeten worden verworpen;

„A. voorts uit de omstandigheid, dat drie veeartsen verklaren dat een opgeschort en platribbig paard als het onderwerpelijke ten gevolge van dien bouw laboreert aan eene minder ruime borstkas, nog volstrekt niet volgt dat de gewone burger of niet wetenschappelijk gevormde landbouwer, gesteld zelfs hij ware voldoend in staat om een paard als opgeschort en platribbig van bouw te herkennen, uit de aanwezigheid van zoodanigen bouw kan of behoort af te leiden, dat zulk een paard noodwendig zal hebben het organisch gebrek eener borstkas, die de longen in hare vrije werking beperkt;

„A. dus zelfs in des eischers systeem uit zijne gestelde praemis geenszins volgt, dat hier aanwezig zou zijn een zigtbaar gebrek, hetwelk de kooper had kunnen ontdekken, en waarop a. 1541 B.-W. toepasselijk is;

„A. daarenboven, om het *middel* te doen opgaan en de zaak vatbaar te maken voor onderzoek in cassatie, uit de

ingeroepen wetsbepalingen zou moeten zijn te lezen hetzij wat vereischt wordt om een paard, volgens den *judex facti* gebrekkig uit eene onzigtbare oorzaak, behebt te verklaren met een koopbrekend gebrek, hetzij welke gebreken of abnormaliteiten de *judex facti* niet als koopbrekend mag aannemen;

„Zoo concludeert Mr. A. P. T. EYSSELL, als vertegenwoordigende de verw^{sse}, dat bij 's H.-R's te wijzen arr. de ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in al de kosten daarop gevallen."

In deze zaak heeft de Adv.-G. POLIS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het eenige in deze zaak aangevoerde *middel* heet: verkeerde toepassing van de a. 1527 en 1540 en schending van de a. 1541 en 1902 B.-W., door den van den normalen maatstaf bij paarden afwijkenden toestand van een paard ten aanzien van zijn ademhalingsverrigtingen, ontstaande uit den bouw zelven van het paard, namelijk uit zijne, aan opgeschorte platribbige paarden als het onderwerpelijke eigene, minder ruime borstkas, zonder eenig pathologisch lijden, te rekenen onder de *verborgen gebreken*, bedoeld bij a. 1540 B.-W. en een op dit a. steunenden eisch toe te wijzen, waar in den zin der wet geen *gebrek* en in allen geval geen *verborgen* gebrek is bewezen.

„Bij het beklaagde arr. is *gegrond geoordeeld* en *toegewezen* eene door de nu verw^{sse} tegen den nu eischer ingestelde vordering tot vernietiging van eene overeenkomst van koop en verkoop van een paard, door de verw^{sse} van den eischer gekocht, vordering, die daarop gegrond was, dat bedoeld paard gebleken is lijdende te zijn aan het VERBORGEN GEBREK *van dampigheid*, gebrek waaraan het paard reeds leed tijdens den verkoop, en dat van dien aard is, dat het paard niet geschikt is voor het gebruik waarvoor het is bestemd, en de nu verw^{sse}, wanneer zij het gebrek gekend had, zeer zeker dat paard niet zou hebben gekocht. Aan die beslissing gaat vooraf een onderzoek naar het al of niet bewezene van het bij de dagvaarding

beweerde VERBORGEN GEBREK van het verkochte paard en de toewijzing der ingestelde vordering steunt dus op de geheel feitelijke beslissing, dat het bij de dagvaarding beweerde VERBORGEN GEBREK bij het verkochte paard bestaat, en reeds tijdens den verkoop bestaan heeft.

„Het *middel* nu heeft geene andere strekking dan om de juistheid dier *feitelijke* beslissing te betwisten. Tegenover de beslissing van den *judex facti*, dat er bestaat een gebrek (overw. 13, 15, 16) beweert de eischer dat er geen gebrek bestaat, en tegenover het oordeel van den regter, dat het bestaande gebrek een *verborgen gebrek* is (overw. 15, 17 20) houdt de eischer vol, dat, zoo er al een gebrek bestaat, dit dan toch niet is een *verborgen*, maar een *zigtbaar* gebrek. Of is misschien juist, wat de pleiter voor den eischer beweerde, dat de beslissing in deze, dat er een *verborgen gebrek* bestaat, is eene *juridieke?* Maar dat kan die beslissing uit haren aard niet zijn, omdat de wet geene enkele bepaling inhoudt, waaraan die beslissing zou kunnen worden getoetst, en wanneer het dan ook in de 17e overw., waarop de eischer zich beroept, heet dat dampigheid ook in den vorm, waarin dit gebrek bij het paard in geschil aanwezig is bevonden, gerekend moet worden, tot de verborgen gebreken in den zin der wet te behooren, dan is dit niets anders dan eene *feitelijke* beslissing, omdat de wet niet bepaalt welke abnormaliteiten alleen als gebreken of als verborgen gebreken kunnen worden aangemerkt, en het dus in elk bijzonder geval aan het oordeel des regters is overgelaten of eenige abnormaliteit als een verborgen gebrek moet worden beschouwd.

„Het *middel* stuit dus af op de feitelijke beslissing. En overigens is ook door het Hof beslist, dat de dampigheid van het paard in kwestie te wijten is uitsluitend aan den bouw zelven van het paard; maar het Hof, oordeelende, dat de oorzaak van het *in casu* waargenomen gebrek is eene onzigtbare, laat in het midden of die oorzaak is gelegen in

een pathologisch lijden of wel in een organisch gebrek van de borstkas, gepaard met eenen buitengewonen prikkelbaren en schrikachtigen aard van het paard, of in welke andere oorzaak ook (overw. 15), terwijl in de 19ᵉ overw. de minder ruime borstkas van het paard niet wordt genoemd als de eenige oorzaak, maar als *eene der oorzaken* van het gebrek. Doch al ware met zoovele woorden beslist, dat de dampigheid van het paard in kwestie het gevolg is alleen en uitsluitend van den bouw zelven van het paard, toch zou daaruit niet volgen dat die dampigheid niet als een gebrek in den zin van a. 1540 kan worden aangemerkt, omdat a. 1540 de redhibitoire actie toekent voor de verborgen gebreken, zonder de organische gebreken uit te sluiten, en *in facto* is beslist, dat de oorzaak van het bij dit paard bestaande gebrek eene *onzigtbare* is. De bewering van den pleiter voor den eischer dat de platribbige paarden met naauwe borstkas wel ongewoon zijn, en abnormale minder goede eigenschappen, maar daarom nog geene gebreken hebben, is niet afdoende tegen de zuiver feitelijke beslissing van het aangevallen arr., dat bij het paard, waarover in deze zaak kwestie is, *een gebrek* bestaat; en indien het waar is, dat alle opgeschorte, platribbige paarden eene naauwe borstkas hebben, en dientengevolge dampig zijn, dan zijn platribbige en opgeschorte paarden niet slechts paarden van eene mindere kwaliteit, maar gebrekkige paarden, paarden bij welke een gebrek bestaat, dat hen ongeschikt maakt tot het gebruik waartoe paarden gewoonlijk bestemd zijn.

„Maar dit is alles feitelijk en dus voor dit cassatie-proces zonder belang. Hier is het alleen de vraag, of de wet geschonden of verkeerd toegepast is. En dat is niet het geval.

„De a. 1527 en 1540 B.-W. kunnen niet verkeerd zijn toegepast, omdat *in facto* vaststaat, dat er reeds ten tijde van den verkoop bij het verkochte paard een verborgen gebrek bestond, van dien aard, dat het paard voor ingespannen arbeid eene mindere geschiktheid bezit, in die mate, dat bij-

aldien de koopster dat gebrek gekend had, zij het paard in het geheel niet zou hebben gekocht.

„A. 1541 B.W. kan niet zijn geschonden, omdat hier niet bestaat een *zigtbaar* maar een *verborgen* gebrek, en dus niet dit a., maar a. 1540 toepasselijk is. En eindelijk kan ook van schending van a. 1902 B.-W. geene sprake zijn, omdat het Hof niet, zooals de eischer beweert, heeft verzuimd te onderzoeken, of er bestaat een verborgen gebrek, maar juist omdat dit gebrek bewezen is, de ingestelde vordering heeft toegewezen.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: verkeerde toepassing van de a. 1527 en 1540, en schending van de a. 1541 en 1902, alle B.-W., door den van den normalen maatstaf bij paarden afwijkenden toestand van een paard, ten aanzien zijner ademhalingsverrigtingen, ontstaande uit den bouw zelven van het paard, namelijk uit zijne aan opgeschorte, platribbige paarden als het onderwerpelijke eigene, minder ruime borstkas, zonder eenig pathologisch lijden, te rekenen onder de verborgen gebreken, bedoeld bij a. 1540 voornoemd, en een op dit a. steunenden eisch toe te wijzen, waar in den zin der wet geen *gebrek* en in allen geval geen *verborgen* gebrek is bewezen;

„O., dat dit *middel* is gerigt tegen de door het Hof gegevene beslissing, dat 1° de bij het paard in geschil opgemerkte abnormale toestand is een *gebrek*, onverschillig, of de oorzaak van dien toestand moet gezocht worden in een pathologisch lijden of in een organisch gebrek; en 2° dat dit gebrek is een *verborgen* gebrek;

„O. dat, ofschoon noch bij a. 1527, noch bij a. 1540, eene uitdrukkelijke bepaling gegeven wordt van de woorden „verborgen gebreken", de wet echter, blijkens de a. 1540 en

1541, aan die woorden eene bepaalde beteekenis hecht, zoodat eene uitlegging dier woorden in eenen anderen zin, dan de bij de wet daaraan gegevene, zoude zijn eene schending der wet;

„O., dat uit a. 1540 volgt, dat al die ongewone hoedanigheden van een voorwerp, welke het gewone gebruik, waartoe het bestemd is, beletten of verminderen, *gebreken* zijn, onverschillig welke de oorzaak dier hoedanigheid zij, terwijl uit de in a. 1541 voorkomende tegenstelling volgt, dat ook in het algemeen *zigtbare* gebreken voor *verborgene* moeten worden gehouden, indien de kooper ze bij den koop niet had kunnen ontdekken;

„O., dat het Hof mitsdien teregt heeft beslist: 1° dat ook een door den bouw van het paard veroorzaakte toestand, waardoor het gebruik van het paard wordt verminderd, is een *gebrek*, en 2° dat het bij het paard in geschil opgemerkte gebrek is een *verborgen* gebrek, omdat het, blijkens de feitelijke overwn van het Hof, alleen bij langer gebruik en door een deskundig onderzoek kan worden ontdekt;

„O., dat het Hof mitsdien door de bovengemelde beslissing geene der aangehaalde a. heeft geschonden, en het *middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1650. — Arrest van 28 November 1879.

(A. 1961, 1959; — a. 1933 en 1940 B.-W.)

Zijn deze a. geschonden en verkeerd toegepast door den eischer toetelaten de valschheid van een feit, aan de bekentenis toegevoegd, door getuigen of vermoedens te bewijzen, niettegenstaande het bedrag der gevorderde som meer dan f 300.— beliep? — NEEN.

De eischsse in cassatie van het tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te Leeuwarden van 30 Oct. 1878,

vertegenwoordigd door Mr. B. M. VLIELANDER HEIN, heeft den verw. doen dagvaarden, ten einde:

„A. de den verw. toegewezen vordering volgens de 4e en 5e overw. van het arr. strekt tot terugvordering van penningen, die persoonlijk zullen behooren aan verws vrouw, penningen, afkomstig van en haar aanbedeeld uit de in overw. 2 genoemde boedels, doch zich nog zullende bevinden onder de eischsse, die hoewel daartoe verpligt, zou weigeren ze af te geven;

„A. voorts vaststaat, dat bij de notariele scheidingsacte der bedoelde boedels, verws vrouw, voor wier regten de verw. *in casu* opkomt, aan hare moeder heeft erkend het haar toebedeelde te hebben ontvangen en daarvoor bij die acte heeft gequiteerd;

„A. tevens blijkt uit de 6e overw. *in jure* van het arr., dat eischsse bij haar verhoor op vraagpunten heeft opgegeven:

„dat volgens de acte van scheiding van 2 Apr. 1874 tot „de massa behoorende contanten, en bepaaldelijk ook het aan„deel daarin, aan verws vrouw toegedeeld, bij die scheiding „in werkelijkheid niet zijn ter tafel gebragt; — dat bijaldien „dit wel ware geschied, die contanten door haar eischsse had„den moeten zijn opgeleverd; dat zij daartoe gehouden was ter „zake van hetgeen zij uit den boedel voor zich zelve behield „en met goedkeuring van allen had overgenomen, en ter zake „van hetgeen als provenu van den boedel of als geld van den „boedel in hare handen was gekomen; dat zij aan verws echt„genoote, tijdens de scheiding en *toen deze verklaarde het haar „toebedeelde te hebben ontvangen*, nog geene reëele uitkeering „van het aan deze toekomend bedrag had gedaan, terwijl met „de verklaring van verws echtgenoote *dat zij haar aandeel had „ontvangen en dat zij daarvoor quiteerde*, niet werd bedoeld „het doen eener schenking van dat aandeel aan haar eischsse";

„A. intusschen uit de 14e (15e) overw. blijkt dat de eischsse aan haar antwoord onmiddellijk *had toegevoegd:* „dat zij, vóór

„dat men tot het scheiden en deelen der voormelde gemeen„schap en nalatenschappen overging, met hare kinderen, en „dus ook met verw^{s} echtgenoote, eene overeenkomst heeft ge„sloten, waarbij is bepaald dat aan eisch^{sse} zouden worden „toegescheiden alle goederen, uitgezonderd de contanten die „er zouden of moesten zijn, ten bedrage van *f* 20214.10, „voor ieder kind, welke contanten aan hare kinderen zouden „worden toegescheiden, doch door eisch^{sse} aan ieder hunner „zoude afgeven twee schuldbekentenissen, de eene groot *f* 5000, „rente doende naar 5 pct., *opvorderbaar*, de andere groot „*f* 15214.10, renteloos en *onopzegbaar*, zoolang eisch^{sse} leefde"; doch dat de regter wel het eerste in overw. 6 opgenomen gedeelte in haar nadeel heeft doen gelden, maar het tot verklaring en bevrijding aangevoerde laatste gedeelte daarvan heeft afgescheiden en verworpen;

„A. het dus aankomt op de vraag of die afscheiding en verwerping geoorloofd was, daar toch, ware zij in strijd met de wet, de vordering zoowel op grond der bewuste quitantie als ook wegens gemis van alle bewijs had moeten zijn afgewezen;

„A. immers, wat het laatste betreft, voor de vordering geen ander bewijs dan het ééne deel der bekentenis is aangevoerd, — en, wat het eerste betreft, de eisch^{sse} alsdan (vgl. overw. 8), wel verre van te hebben erkend dat de verklaring harer dochter berustte op onwaarheid, integendeel voor die verklaring en kwijting de afdoende oorzaak zou hebben aangegeven, terwijl, wat dan ook in de 8^{e} overw. wordt toegegeven, tegen den verw., die hier ex a. 160 B.-W. de regten zijner vrouw reclameert, alsdan op dier verklaring en quitantie zeer zeker dezerzijds een afdoend beroep zou zijn gedaan;

„A. alsnu, blijkens overw. 31 en 32 omtrent de onwaarheid van het tot bevrijding toegevoegde, die den regter tot splitsing vrijheid zou hebben gegeven, wordt beslist, dat de feiten, daar bedoeld, volkomen de gevolgtrekking wettigen;

„dat de pretense overeenkomst òf niet is gesloten òf in allen „gevalle tegenover den geïntimeerde niet is gehandhaafd, maar „prijs gegeven";

„A. het niet duidelijk is of hier wordt bedoeld dat de pretense overeenkomst wel kan gesloten zijn, maar dan toch later is prijs gegeven, dan wel: dat de overeenkomst *ab initio* geenszins is gesloten, en, ware het anders, zij dan toch in elk geval later zou zijn prijs gegeven;

„A. met de eerste lezing het duidelijk is, dat dan *niet* is beslist, dat de ter bevrijding toegevoegde clausule was valsch, zoodat dan stellig splitsing, luidens a. 1962 B.-W., ongeoorloofd was; terwijl alsdan de beweerde prijsgeving der overeenkomsten tegenover den verw. het arr. niet zou kunnen redden, omdat waar het geldt een door den verw. vervolgd verhaal van regten, aan zijne vrouw persoonlijk toebehoorende, eene overeenkomst tusschen hem en zijne schoonmoeder gesloten, krachtens a. 1374 B.-W. aan de regten, die zijn vrouw uit het contract, met hare moeder gesloten ontleende, geen voor- of nadeel kon aanbrengen, berustende bovendien die geheele beweerde prijsgeving op onwettig bewijs, zooals dadelijk zal blijken;

„A. intusschen, ook al neemt men de andere lezing aan, de beslissing is in strijd met de wet, omdat zij berust op in deze niet admissibel bewijs;

„A. immers de onwaarheid eener aan een aveu gehechte toevoeging niet door getuigen en dus ook niet door vermoedens van de soort van a. 1952, al. 4, B.-W. mag worden bewezen, zoo niet voor de ingestelde vordering zelve (die *in casu* meer dan *f* 300 beloopt) dat bewijs vrijstaat, daar anders voor eene daarvoor onvatbare vordering indirect, doch metterdaad het verboden getuigen- of vermoeden-bewijs zou worden aangenomen;

„A. de onwettigheid van dat bewijs *in casu* niet wordt weggenomen door de opmerking der 27e en 28e overw.: dat

het voor den verw. niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen dat de beweerde overeenkomst niet was aangegaan, omdat *in casu*, waar de verw. niet zijn eigen regten, maar die zijner vrouw reclameert, niet de vraag is of HIJ — maar alleen de vraag zou kunnen zijn of ZIJ zich een schriftelijk bewijs had kunnen verschaffen, — en derhalve a. 1940 geheel verkeerd is ingeroepen en toegepast;

„A. eveneens het vermoeden-bewijs in strijd met de wet is gebezigd ten behoeve der beslissing, dat de dezerzijds ingeroepene overeenkomst zou zijn prijs gegeven;

„A. het immers duidelijk is, dat het opheffen of „prijsgeven" eener overeenkomst van verbruikleen als bij het arr. bedoeld, *in casu* loopende over ruim *f* 15000, niet mag (jà, dat eveneens het afstand doen van het beding van onopzegbaarheid, m. a. w., het omscheppen eener gedurende het leven der debitrice opzegbare — in eene steeds opeischbare geldleening niet zou mogen) worden bewezen door vermoedens, en het arr. *hier* zelfs niet beweert, wat dan ook ongerijmd zou zijn, dat de verw. zich van eene pretense prijsgeving of afstand „*tegenover hem*" geen schriftelijk bewijs zou hebben kunnen verschaffen;

„A. derhalve bij het aangevallen arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 1902, 1903, 1959, 1932, 1933, 1934, 1940, 1960, 1961, 1962—160, 1354, 1356, 1372, 1374, 1376, 1791, 1792, 1796, 1907 B.-W., door, zooals dat alles hierboven breeder is ontwikkeld, vermoeden-bewijs aannemende, waar dit was uitgesloten, en ten onregte het ter bevrijding aangevoerde deel der bekentenis passerende, op grond van het andere deel dier bekentenis eensdeels te verwerpen eene tegen de ingestelde vordering aangevoerde afdoende defensie, en anderdeels die vordering zelve, anders geheel zonder bewijs, als bewezen toetewijzen;

„Mitsdien te hooren concluderen, dat bij arr. van den H.-R. zal worden vernietigd het arr. door het Geregtshof te Leeuwar-

den 30 Oct. 1878 tusschen partijen gewezen, en door den H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, te hooren vernietigen het vonnis in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, voor zoover daarvan was geappelleerd, met niet-ontvankelijk-verklaring, immers ontzegging van den oorspronkelijk ingestelden eisch, voor zooverre die door het appel ter cognitie van het Hof was gebragt, dat is die tot betaling van *f* 15214.10, met de renten van af de dagvaarding, alles met veroordeeling des verw[s] in de kosten der drie instantiën."

Voor den verw., vertegenwoordigd door Mr. A. P. T. Eijssell, adv. bij den H.-R. der Ned., werd de volgende conclusie genomen:

„A. het Hof bij zijn 5[e] overw. tegen de verkeerde voorstellingen der nu eisch[sse], als grond der vordering feitelijk vaststelt: „dat bij de (door haar eisch[sse] ingeroepen scheidings-) „acte aan des nu verw[s] echtgenoote uit de massa toegedeelde „en alzoo aan haar toebehoorende contanten ten bedrage van „*f* 20214.10 *niet aan deze deelgenooten zijn ter hand gesteld*, maar werkelijk zijn *gebleven in handen* van den nu „eisch[sse], welke die contanten ook nog tijdens het aangaan „van het huwelijk des nu verw[s] met hare dochter M. D. „onder hare berusting had; dat zij later wel een gedeelte „van die som ten bedrage van *f* 3000 aan den nu verw. „heeft afgedragen, maar dat zij, tijdens de dagvaarding nog „onder zich had en ook nu nog heeft een intusschen in twee „deelen gesplitst, en wel een rentegevend en een niet rentegevend bedrag van *f* 17214.10";

„A. het Hof dezen grondslag der vordering bewezen heeft verklaard door der eisch[sse] in de 7[e] overw. gerelateerde bekentenis, en dus op een naar a. 1962 B.-W. wettig bewijsmiddel;

„A. nu wel het Hof der eisch[sse] bekentenis daartoe heeft gebezigd na afscheiding van een er aan toegevoegd valsch geoordeeld adjectum, maar ook dit naar a. 1961 volkomen

geoorloofd is en ten gevolge heeft, dat de bekentenis regtens geldt als niet geclausuleerd inhoudende *alleen* wat in de 7e overw. teregt als *erkenning* van den grondslag der ingestelde actie is gebezigd;

„A. bij het vaststaan van dit alles slechts de vraag kan zijn of voor het bewijs der aangenomen valschheid al dan niet volgens de wet ongeoorloofde middelen zijn gebezigd;

„A. met deze in cassatie eeniglijk mogelijke, en ook eeniglijk voor den H.-R. gebragte vraag niets te maken heeft dat, volgens 's Hofs 3e overw., de ten processe dienende notariële acte van scheiding had geconstateerd, behalve het feit der deeling van de vaderlijke en broederlijke nalatenschap van nu verw' vrouw, hare verklaring dat zij het haar *toegescheiden* gedeelte tot zich nam en daarvoor quiteerde;

„A. toch die verklaring *reverâ* geheel intact liet de bekentenis der nu eischsse (7e overw.), dat zij aan haar dochter, toen deze verklaarde het haar toebedeelde te hebben ontvangen, nog geen reëele uitkeering van het haar toekomende bedrag had gedaan, zelfs onverschillig of al dan niet *tevens* als waarheid diende te worden aangenomen een tusschen moeder en dochter gesloten (door de eerste volgens overw. 15 bij hare bekentenis beweerde) overeenkomst, dat de contanten wel aan de kinderen zouden worden toegescheiden, doch *door de nu eischsse zouden worden behouden* in een opvorderbaar en een gedurende haar leven onopzegbaar gedeelte;

„A. immers notoir zoo wel *met* als *zonder* dat *adjectum* waar bleef en door eischsse zelve toegegeven, dat bij de scheiding de toebedeelde contanten, ofschoon de dochter daarvoor toen quiteerde, niet werden uitgekeerd;

„A. dus het Hof zeer teregt, en in elk geval feitelijk, bij zijne 7e overw. heeft beslist, dat de nu eischsse ten processe geenszins de waarheid van de in de acte van scheiding vermelde verklaring en quitantie heeft staande gehouden (cf. ook overw. 10 en 12);

„A. reeds hierom de stelling der dagvaarding in cassatie, dat indien de afscheiding van het *adjectum* der bekentenis in strijd met de wetten of het bewijs heeft plaats gehad, de vordering had moeten zijn afgewezen *op grond der notariële acte*, is onhoudbaar, maar bovendien al hetgeen die dagvaarding omtrent dat stuk en het daarop bij den *judex facti* gedaan *beroep inhoudt*, afstuit op 's Hofs verdere feitelijke beslissingen;

„A. toch het bij dagvaarding beweerde, als zou het Hof, op grond van eisch^{sse}'s bekentenis hebben verworpen haar beroep op de scheidingsacte, lijnregt strijdt tegen den inhoud der 3e, 4e en 9e overwn van het beklaagde arr., waarbij het beroep der eischsse op de scheidingsacte is verworpen, niet om hetgeen zij (gesplitst of niet) bekend heeft, maar om den verkeerden grond waarop dat beroep steunde, omdat nl., volgens den *judex facti*, dat beroep uitging van de stelling als ageerde de nu verw. uit de scheidingsacte, en dit beweren *feitelijk onjuist* is, als strijdig zoo met de strekking van nu verws actie, als met de door eischsse daartegen aangenomen houding en gevoerde verwering;

„A. wanneer eischsse's beweringen in cassatie blijven, gelijk behoort, binnen den kring van het aangevoerde voor den Hove, die beweringen noodzakelijk afstuiten op 's Hofs aangehaalde geheel feitelijke beslissingen;

„A. daarentegen, wanneer de voorstelling harer dagvaarding voor den H.-R. als zouden de verklaringen van des nu verws vrouw bij de scheiding zijn van afdoend gewigt tegen zijnen eisch, zoodra maar het *adjectum* van eischsse's bekentenis wordt gehandhaafd, en als zou het Hof zelf dit hebben toegegeven, *reverâ* verder gaat dan het kader der bij dit collegie gemoveerde eerste grief, alsdan deze beweringen zijn ontoelaatbare nieuwigheden in cassatie;

„A. daarom de nu verw. zich mag ontslagen rekenen van uitvoerig betoog, dat 's Hofs beweerd toegeven van eischsse's stelling

in lijnregten strijd is met zijne reeds aangehaalde beslissing omtrent hare *houding en verwering* (en dus *eo ipso* hare verklaringen en bekentenissen), bij welke zij zelve de waarheid van den inhoud der acte *niet* heeft staande gehouden; en dat dan ook, naar het voren gezegde, de vergelijking der zelfs ongesplitste bekentenis met die acte geheel te niet doet de stelling, dat de inhoud van het stuk van afdoend gewigt wordt tegen hem verw., zoodra maar het *adjectum* der bekentenis wordt gehandhaafd;

„A. de verw., hiermede het geding in cassatie hebbende terug gebragt tot zijne alleen mogelijke grenzen, nu ten aanzien van eisch^sse's kritiek der bewijsmiddelen, waarop de valschheid van dat *adjectum* is aangenomen, allereerst dient te releveren dat die kritiek tot grondslag neemt 's Hofs 32ste (*reverâ* 33ste) overw., dat de feiten daar bedoeld volkomen de gevolgtrekking wettigen, dat de (bij de *adjectum* gepretendeerde) overeenkomst òf niet is gesloten òf in allen gevalle tegenover den nu verw. niet is gehandhaafd, maar prijs gegeven;

„A. evenwel die overw. rekenschap geeft niet van 's Hofs oordeel omtrent en *toelaatbaarheid* der tegen het *adjectum* aangevoerde bewijsmiddelen, maar aan 's Hofs oordeel omtrent de bewijskracht van hetgeen de regter als reeds wettig gestaafd heeft aangenomen: een waardering, die buiten het bereik ligt van den H.-R. als van geheel feitelijken en daarom aan de prudentie van den *judex facti* overgelaten aard;

„A. immers, nadat het Hof in zijne 22ste overw. heeft geconstateerd dat de nu eisch^sse als derde grief tegen het vonnis *in prima* heeft aangevoerd, dat het door den eersten regter toegelaten bewijsmiddel van vermoedens, om de valschheid van het *adjectum* bij hare bekentenis te bewijzen, in strijd met de wettelijke voorschriften omtrent het bewijs zou hebben plaats gehad, en dat door de als vermoedens aangenomen feiten niet het vereischte bewijs zou zijn geleverd,

alléén ten aanzien van deze *laatste*, geheel *feitelijke* quaestie de gewraakte 33ste overw. in het midden wordt gebragt;

„A. dit duidelijk blijkt uit de 31ste overw., waarmede het Hof het onderzoek naar de bewijskracht der als vermoedens gebezigde feiten aanvangt, na bij de vorige overwn het onderzoek der voorvraag, of *in casu* het bewijs door vermoedens toelaatbaar is, ten einde en tot eene beslissing te hebben gebragt;

„A. blijkens de 23ste en 26ste overw. laatstbedoeld onderzoek omvatte de dubbele tegen admissie van vermoedenbewijs door eischsse ingebragte tegenwerping, dat het bewijs door vermoedens zou indruischen tegen den inhoud eener schriftelijke acte (argo a. 1934, jo 1959 B.-W.) en dat het gevorderde bedrag boven de *f* 300 is;

„A. dit laatste, nu ook in cassatie opgeworpen, aan a. 1933 jo 1959 B.-W. ontleende bezwaar wordt behandeld en ontzenuwd in de 27e, 28e en 29e overw., zoodat ook hieruit blijkt dat de 33e overw., tegen welke de eischsse in cassatie haar *middel* rigt, met dat bezwaar niets te maken heeft, als rakende een *geheel ander* punt van onderzoek;

„A. het Hof de ontoelaatbaarheid ex a. 1933 der vermoedens vooreerst ter zijde stelt, omdat het *objectum probandum* niet is gelegen in het onderwerp van den eisch, maar in het feit, hetwelk tot betwisting van dien eisch wordt aangevoerd, en dus eischsse, als *objectum probandum* voorstellende de van haar gevorderde *f* 17214.10, pleegt *verkeerde* voorstelling;

„A. deze grond van afwijzing zoo klaarblijkelijk en onwederlegbaar juist is, dat eischsse's streven om haar *middel* van cassatie niet te rigten tegen de *reverâ* daarbij in aanschouw komende, maar feitelijk en regtskundig onaantastbare overw. zeer verklaarbaar wordt, al kan die toeleg haar *middel* niet redden;

„A. toch de *positio juris* bij het ongesplitst handhaven van eischsse's bekentenis deze is, dat regtens wel vast staat

het onder haar verbleven zijn der even vermelde som, ofschoon bij scheiding daarvoor was gequiteerd, maar *tevens* dat zij tot niet-afgifte levenslang van het grootste deel dier gelden bevoegd zou wezen, krachtens eene overeenkomst van renteloze en onopzegbare geldleening;

„A. de verw. in cassatie, volgens de 17ᵉ overw., die beweerde overeenkomst ten stelligste tegensprekend, heeft aanvaard den bewijslast der *valschheid* van dit *adjectum*, waaruit klaarblijkelijk volgt, dat het object zijner bewijsvoering is: GEEN *zoodanige overeenkomst;* dus geenszins (gelijk het Hof met juistheid opmerkt) het onderwerp van den door hem bij introductieve dagvaarding ingestelden eisch;

„A. hieruit tevens volgt, dat het Hof bij zijne twee volgende overwⁿ teregt beslist, dat *in casu* een geval bestaat, waarin hèt uit den aard der zaak onmogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, daar verw. in cassatie onmogelijk van zijne schoonmoeder, de eischˢˢᵉ, schriftelijk bewijs kon verlangen dat eene *pour le besoin de la cause* gepretendeerde overeenkomst *reverâ* niet bestond;

„A. voorts zoowel deze beslissing, als die van verkeerde voorstelling, zuiver feitelijk is, en dus onaantastbaar in cassatie, terwijl tevens mag worden opgemerkt, dat zoo lang ééne der beide beslissingen in stand blijft, van vernietiging der aangevallen uitspraak geen quaestie kan wezen;

„A. eischˢˢᵉ 's Hofs beroep op a. 1940 B.-W. tracht te ontzenuwen door de opmerking dat, wijl verw. de regten zijner vrouw reclameert, het de vraag niet is, of *hij*, maar of *zij* zich onmogelijk een schriftelijk bewijs heeft kunnen verschaffen, maar de onmogelijkheid om zich schriftelijk bewijs te verschaffen van het ontbreken eener *niet gesloten* overeenkomst is eene *algemeene*, geheel onafhankelijk van de personen aan wie zoodanig bestaanbaar bewijsstuk zou moeten zijn afgegeven;

„A. de dagvaarding in cassatie, steeds zich vastklemmend

aan de hier *niet* ter zake behoorende beschouwing van het Hof, dat *in casu* het beweerd gesloten zijn eener geldleening niet is aannemelijk (of in allen gevalle, zelfs al ware dit aanvankelijk overeengekomen, prijs gegeven) nog wel in 't midden brengt dat het opheffen of prijsgeven eener overeenkomst van verbruikleen of van het daarbij gemaakte beding van onopzegbaarheid niet mag worden bewezen door vermoedens als die leening over ruim *f* 15000 loopt, maar ook hierin geen heil voor het *middel* te vinden is;

„A. toch het prijsgeven door het arr. bedoeld, kennelijk is een prijsgeven niet door uitdrukkelijk contrair overeenkomen of bedingen, maar een zoodanig abandonneren *rebus et factis*, als ook bij het stilzwijgend bekrachtigen van overeenkomsten, het stilzwijgend aanvaarden van erfenissen enz. naar ons regt de kracht heeft om verbindtenissen en bedingen te vestigen, zoo wel als op te heffen;

„A. met deze opmerking tevens vervalt de beweerde ongerijmdheid, dat het onmogelijk zou wezen zich van pretens prijsgeven of afstand doen schriftelijk bewijs te verschaffen;

„A. waar de dagvaarding in cassatie nadruk legt op het prijsgeven der overeenkomst *tegenover den verw.*, en ook elders met inroeping van a. 1374 B.-W. redeneringen bouwt op een verschil van regtsverhouding der eisch^sse^ tot den verw. en tot diens vrouw, de herinnering voegt, dat abandon van beweerdelijk jegens de vrouw verkregen aanspraken volkomen afdoend kan plaats hebben tegenover den man als wettelijk beheerder van het echtelijk vermogen;

„A. nog in aanmerking komt dat, indien hetgeen het Hof bij zijne 32^e^ en volgende overw. in het midden brengt iets te maken had (des neen) met de toelaatbaarheid van het vermoedenbewijs, dan nog zouden zijn gebezigd vermoedens *in verband met schriftelijk bewijs* en dus a. 1939 aan het arr. ten goede zou komen;

„A. eindelijk de 34^e^, 37^e^ en 2^e^ overw. van het beklaagde

arr. aantoonen dat het Hof zich vooral ook de toetsing van de gronden en bewijsmiddelen door den eersten regter gebezigd, ten taak heeft gesteld, met deze uitkomst, dat de regter in appel zich vereenigt met hetgeen in het vonnis *a quo* is overwogen; terwijl uit het vonnis *a quo* (o. a. de 18ᵉ overw. daarvan) blijkt, dat daarbij de vermoedens, wel verre van te zijn geweest het éénig bewijs voor de aangenomen valschheid der beweerde geldleening, integendeel slechts *ex superabundanti* worden gebezigd, ter bevestiging van hetgeen de regtb. (en dus met haar het Hof) afleidt uit eisch^sse's verhoor en verw^s huwelijkscontract;

„A. dus het voorgedragen *middel* is onaannemelijk;

„A. echter, al ware dit anders, er nooit sprake van zou kunnen wezen, om bij regtdoen ten principale den in eersten aanleg ingestelden eisch te ontzeggen, maar de zaak zou moeten worden teruggewezen;

„Zoo concludeert Mr. A. P. T. Eijssell, als vertegenwoordigende den verw. in cassatie zoo als deze procedeert, dat bij 's H.-R.'s te wijzen arr. het ingestelde beroep zal worden verworpen, met veroordeeling van eisch^sse in de kosten van cassatie."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij het beklaagde arr. is bevestigd een vonnis van de voormalige arr.-regtb. te Appingedam, voor zoover daarvan was geappelleerd, d. i. voor zoover de nu eisch^sse daarbij veroordeeld is tot betaling aan den nu verw. van eene som van *f* 15214.10.

„De feitelijke grondslag der door den nu verw. ingestelde vordering was, volgens de 4ᵉ en 5ᵉ overw. van het arr., dat de nu eisch^sse *onder zich heeft en weigert aan den nu verw. af te geven de contanten bij notariele acte van scheiding van* 2 *April* 1874 *toebedeeld en alzoo toebehoorende aan des verw^s echtgenoote*, en die grondslag der vordering is bewezen geoordeeld, blijkens de 36ᵉ overw. van het arr., door de beken-

tenis van de nu eisch^sse^, nadat de feiten, welke de nu eisch^sse^ tot hare bevrijding bij hare bekentenis had gevoegd, als valsch van die bekentenis waren gescheiden.

„En nu luidt het *middel*, dat bij het aangevallen arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 1902, 1903, 1959, 1932, 1933, 1940, 1960, 1961, 1962—160, 1354, 1356, 1372, 1374, 1376, 1791, 1792, 1796, 1907 B.-W. door vermoeden-bewijs aannemende, waar dit was uitgesloten en ten onregte het tot bevrijding aangevoerde deel der bekentenis passerende, op grond van het andere gedeelte dier bekentenis eensdeels te verwerpen eene tegen de ingestelde vordering aangevoerde afdoende defensie, en anderdeels die vordering zelve, anders geheel zonder bewijs, als bewezen toe te wijzen.

„De grief is dus, dat het Hof het bewijs door vermoedens toelatende om de valschheid der clausule van de bekentenis te bewijzen in een geval dat het bewijs door vermoedens was uitgesloten, eene ongeoorloofde splitsing der bekentenis heeft toegelaten, terwijl bij niet-splitsing dier bekentenis de vordering als ongegrond en onbewezen had moeten zijn afgewezen.

„Dat het Hof de valschheid der door de nu eisch^sse^ tot hare bevrijding bij hare bekentenis gevoegde bewering als bewezen aanneemt op grond van *vermoedens*, kan, met het oog op de 31^e^ overw., waar dit met zoovele woorden wordt gezegd, niet worden ontkend. De verw. meent echter, dat dit oordeel van den regter niet steunt op vermoedens alleen, maar tevens op schriftelijk bewijs, en hij beroept zich op de 33^e^ overw. Doch ten onregte, vermits die overw. in verband beschouwd met de beide volgenden, geene andere strekking heeft dan om het bewijsmiddel op te geven, waardoor de als vermoedens gebezigde feiten bewezen zijn, en te betoogen, dat de eerste regter ook juist heeft geoordeeld, daar waar hij die feiten bewezen heeft verklaard door het overgelegde authentiek afschrift van het huwelijkscontract, en de door de nu eisch^sse^ bij haar verhoor gegeven antwoorden.

„Het is dus de vraag of het Hof door vermoedens als bewijsmiddel der valschheid van de clausule der bekentenis toe te laten, in strijd met een der bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen gehandeld heeft. Aan die vraag zijn de meeste der aangehaalde a. vreemd; zij moet hare oplossing vinden in de a. 1961, 1959, 1933 en 1940 B.-W. A. 1961 laat het bewijs der valschheid van de door den schuldenaar tot zijne bevrijding aangevoerde daadzaken toe zonder eenige beperking ten aanzien van de bewijsmiddelen, waardoor dit kon geschieden. De partij, die de valschheid wil bewijzen, is dus in de keuze der bewijsmiddelen geheel vrij; zij is alleen gebonden door de regelen bij de wet omtrent ieder bewijsmiddel voorgeschreven. En nu beweert de eisch^{sse} dat, vermits *in casu* is gedaan eene vordering die *f* 300 te boven gaat, het bewijs door vermoedens door de a. 1959 en 1933 B.-W. is uitgesloten.

„Ik kan dat gevoelen niet deelen.

„Het getuigen-bewijs (en dus ook het bewijs door vermoedens) is niet toegelaten om het aanwezen aan te toonen van eenige acte of overeenkomst, welke hetzij eene verbindtenis, hetzij eene ontheffing van schuld bevat, wanneer het onderwerp de som of de waarde van *f* 300 te boven gaat. Zoo luidt a. 1933. Het a. bepaalt dus niet dat in een geding, waarin meer dan *f* 300 gevorderd wordt, niets door getuigen mag worden bewezen, maar alleen, dat men niet door getuigen mag bewijzen *eene handeling of overeenkomst, wier onderwerp de waarde van meer dan f* 300 *bedraagt.* Men zie DIEPHUIS 1^{e} uitg. IX n° 245 en *B.-R.* III, 1^{e} stuk pg. 34, en Mr. v. BELL, *Het beroep volgens het B.-R.*, pg. 77. *In casu* nu is door de als bewijsmiddelen gebezigde vermoedens niet het bewijs geleverd van *eenige acte of overeenkomst wier object de waarde van f* 300 *te boven gaat*, zelfs niet van eenige handeling, hoe ook genaamd, maar alleen van de onwaarheid der door de schuldenares tot hare liberatie aangevoerde feiten en dat is met de a. 1933 en 1959 niet in strijd.

„De pleiter voor de eisch^{sse} beweerde, dat het bewijs der onwaarheid van de voorwaarde of *bijvoeging* als van zelve het bewijs der vordering involveert. Algemeen is dit zeker onjuist. Wanneer ik van iemand *f* 1000, die ik beweer hem geleend te hebben, terugvorder, en hij antwoordt, dat hij aan mij persoonlijk die gelden op zekeren dag te Batavia betaald heeft, dan bewijs ik niets hoegenaamd van de vordering, wanneer ik bewijs op den door mijn pretensen debiteur bedoelden dag niet te Batavia maar in den Haag te zijn geweest, en dus geène betaling te Batavia te hebben kunnen ontvangen. En het is ook onjuist in het hier aanwezige geval, vermits hier door den oorspronkelijken eischer wel bewezen is, dat betrekkelijk de aan zijne vrouw toebedeelde gelden niet is gesloten de overeenkomst, die de oorspronkelijke eisch^{sse} voorgeeft gesloten te zijn, dat zij nl. de aan hare kinderen toebedeelde gelden renteloos en onopzegbaar zoolang zij leefde zou mogen houden, maar volstrekt niet datgene, waarop de vordering is gegrond, nl. dat de oorspronkelijke verw^{sse} de aan des eischers vrouw toebedeelde gelden onder zich heeft.

„Dit is *direct* noch *indirect* door vermoedens bewezen, maar volgens de 36^{e} overw., alleen en uitsluitend door de bekentenis der nu eisch^{sse}.

„Onjuist is ook de bewering van den pleiter voor de eisch^{sse} in cassatie, dat hier de vordering zelve als door vermoedens bewezen zou moeten worden aangemerkt, omdat a. 1961, al. 2, B.-W. geene andere strekking heeft dan den bewijslast voor den eischer te vergemakkelijken, door vermindering der *facta probanda*, door den eischer toe te laten zijne vordering te bewijzen door, in plaats van alle feiten die de gestelde regtsverhouding zouden staven, slechts die waar te maken, die de clausule van het aveu vernietigen. Want ook in het geval van a. 1961, al. 2, bewijst de eischer zijne geheele vordering, al de feiten, waarop hij zich tot staving

van zijn regt beroept, en wel door het aveu zijner tegenpartij, nadat hij de valschheid der clausule van dit *aveu* heeft aangetoond, en raakt dus het bewijs door getuigen of vermoedens, niet de vordering zelve, maar slechts de feiten, valschelijk bij het *aveu* opgegeven.

„Ik geloof, dat het stelsel van de eisch^sse^ niet kan opgaan. En nu moge dat stelsel de leer zijn van de Fransche jurisprudentie en het, overigens geheel ongemotiveerd gevoelen van Fransche schrijvers, bij welke zich aansluit LAURENT, *Précis de droit civil* XX, pg. 241 en 211; hier te lande denkt men er anders over, zooals den Raad kan blijken uit een arr. van het voormalige Provinciaal Geregtshof in N.-holl. van 18 Junij 1857 (*Regtsgel. Bijbl.* 1857, pg. 547) en een vonnis van de regtb. te Utrecht van 30 Junij 1869 (*Regtsgel. Bijbl.* 1871, pg. 112) terwijl het voor de eisch^sse^ aangehaalde arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 29 Junij 1877 (*Weekbl.* n° 4122) hier niet afdoende is, omdat in het geval bij dat arr. bedoeld, de clausule van het *aveu* daarin bestond, dat de overeenkomst, waaruit geageerd werd, niet *jure* maar *sub conditione* zou zijn gesloten en het bewijs der valschheid van deze clausule niet kon geleverd worden, zonder dat van de gesloten overeenkomst, wier onderwerp meer dan *f* 300 bedroeg.

„Mijn gevoelen is, dat hier teregt bewijs door vermoedens is toegelaten, omdat het geval van a. 1933 hier niet bestaat, en ik behoef daarom niet lang stil te staan bij hetgeen het Hof in den 28^n^ cons. overweegt ten betooge, dat het bewijs door vermoedens *in casu* ook daarom toegelaten mag worden, omdat hier een geval bestaat, waarin het uit den aard der zaak niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. In die overw. neemt het Hof aan, dat het VOOR DEN GEÏNTIMEERDE (den nu verw.), indien hij ook al heeft kunnen voorzien, dat de appellante de opeischbaarheid van het thans opgevorderde kapitaal zou be-

twisten, met een beroep op eene vóór zijn huwelijk tusschen zijne vrouw en de appellante pretenselijk gesloten overeenkomst, met de bepaling van onopzegbaarheid van het bewuste kapitaal, onmogelijk mag geacht worden om zich een schriftelijk bewijs, waaruit het tegendeel zal moeten blijken, te verschaffen.

„Er is dus feitelijk beslist, dat het hier VOOR DEN VERW. onmogelijk is geweest een schriftelijk bewijs te bekomen. Teregt wordt echter door de eisch^sse^ opgemerkt, dat dit niet voldoende is, omdat de verw. niet zijne eigene regten, maar die van zijne vrouw reclameert, en het dus de vraag niet is of hij, maar alleen de vraag zou kunnen zijn, of zij zich een schriftelijk bewijs had kunnen verschaffen.

„A. 1348 van den *Code*, waaruit ons a. 1940 is overgenomen, luidde: dat het getuigenbewijs niet is uitgesloten *toutes les fois qu'il n'a pas été possible* AU CRÉANCIER *de se procurer une preuve littérale de* L'OBLIGATION QUI A ÉTÉ CONTRACTÉE ENVERS LUI; en het is dus, ter beoordeeling of het geval in a. 1348 *C.-C.* en 1940 B.-W. bestaat, niet de vraag, of hij, die in regten optreedt, zich een schriftelijk bewijs heeft kunnen verschaffen der verbindtenis, waarvan hij de nakoming vervolgt, maar wel of degeen, tegenover wien die verbindtenis is aangegaan, zoodanig schriftelijk bewijs heeft kunnen bekomen.

„Berustte dus de toelating van het bewijs door vermoedens in deze alleen op de 27^e^ en 28^e^ overw., dan zou zeker a. 1940 B.-W. verkeerd zijn toegepast. Maar daarvoor bestaan, zooals ik reeds opmerkte, andere en betere gronden.

„Eindelijk is door de eisch^sse^ nog gewezen op de 37^e^ overw. en betoogd, dat, indien de zin dier overw. is, dat de pretense overeenkomst wel kan gesloten zijn, maar dan toch later is prijsgegeven, dan niet is beslist, dat de tot bevrijding toegevoegde clausule was *valsch*, zoodat dan stellig

splitsing luidens a. 1962 B.-W. ongeoorloofd was, terwijl alsdan de beweerde prijsgeving der overeenkomst tegenover den verw. het arr. niet zou kunnen redden, omdat waar het geldt een door den verw. vervolgd verhaal van regten, aan zijne vrouw persoonlijk toebehoorende, eene overeenkomst tusschen hem en zijne schoonmoeder gesloten, krachtens a. 1379 B.-W. aan de regten, die zijne vrouw uit het contract met hare moeder gesloten ontleende, geen voor- of nadeel kan aanbrengen, en bovendien die prijsgeving ook niet door vermoedens zou mogen bewezen worden.

„Maar wij kunnen dat alles buiten beschouwing laten en de pleiter voor de eisch^sse^ heeft er dan ook bij zijn tweeden termijn niet meer op aangedrongen, omdat blijkens de 31^e^ overw. de valschheid der clausule van de bekentenis is aangenomen op grond van de in de 30^e^ overw. genoemde en als vermoedens aangenomen feiten en de 32^e^ overw., zoo als de verw. teregt opmerkt, rekenschap geeft, niet van 's Hofs oordeel omtrent de toelaatbaarheid der tegen de clausule aangevoerde bewijsmiddelen, maar van 's Hofs oordeel omtrent de bewijskracht van hetgeen de regter als wettig gestaafd heeft aangenomen, eene waardering die, als van feitelijken aard, buiten het bereik ligt van den cassatie-regter.

„De valschheid der daadzaken, die de nu eisch^sse^ tot hare bevrijding bij hare bekentenis heeft gevoegd, is door wettige bewijsmiddelen bewezen; de bekentenis mogt dus worden gesplitst, en aangezien de bewering bij het *middel* dat de tegen de ingestelde vordering aangevoerde defensie ten onregte verworpen en de vordering ten onregte toegewezen is, alleen berust op de pretense onregtmatige splitsing der bekentenis, zoo is het geheele *middel* ongegrond.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van de eisch^sse^ in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.

„O. dat als *eenig middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing enz. der a. 1902 en volg. B.-W.

„O. dat dit *middel* geldt de beslissing van het Hof, waarbij het, met bevestiging van het oordeel des eersten regters, vermoedens als bewijsmiddel heeft toegelaten om de valschheid te bewijzen van daadzaken, welke de eisch^sse tot hare bevrijding bij hare bekentenis had gevoegd; niettegenstaande het bedrag van de gevorderde som meer was dan *f* 300;

„O. te dien aanzien, dat a. 1933 B.-W. het bewijs door getuigen, en mitsdien ook dat door vermoedens, niet toelaatbaar verklaart, *niet* in alle gevallen, waarin de vordering de waarde van *f* 300 te boven gaat, maar *alleen* om het aan-„wezen aan te toonen van eenige acte of overeenkomst, welke „hetzij eene verbindtenis, hetzij eene ontheffing van schuld „betreft, wanneer het onderwerp de som of de waarde van „*f* 300 te boven gaat";

„O. dat in deze geene zoodanige acte of overeenkomst des verw^s door vermoedens bewezen is verklaard, maar alleen de valschheid van een feit, hetgeen door de schuldenares tot hare bevrijding bij hare bekentenis was gevoegd;

„O. dat tot zoodanig bewijs, volgens de algemeene wettelijke regelen daaromtrent, vermoedens niet zijn uitgesloten, en het Hof derhalve, door de aanneming daarvan tot bewijs van de valschheid der bijvoeging en ook door de aanneming van het overige gedeelte der gesplitste bekentenis als bewijs, en door het toewijzen der op dit feit gegronde vordering of het afwijzen eener exceptie geen der aangehaalde a. heeft geschonden;

„O. dat het *middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eisch^sse in de kosten in cassatie gevallen."

N° 1651. — Arrest van 5 December 1879.

(A. 89, 120 en 1954 B.-W.)

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast, door eerstgemeld a. ook toepasselijk te verklaren als het overspel bewezen is verklaard niet bij een strafvonnis, doch alleen bij een burgerlijk vonnis van echtscheiding? — NEEN.

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„Gehoord partijen; gezien de stukken;

„O., dat als *éénig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 89, 120 en 1954 B.-W., doordien het Geregtshof te 's Gravenhage een vonnis van de arr.-regtb. te Middelburg heeft bekrachtigd, waarbij was aangenomen, dat voormeld a. 89 ook toepasselijk is als het overspel bewezen is verklaard, niet bij een strafvonnis, doch alleen bij een burgerlijk vonnis van echtscheiding;

„O., dat, blijkens de feitelijke overwegingen van het vonnis, waaraan het Hof zich in hooger beroep heeft gedragen, is aangenomen, dat bij een vonnis van dezelfde regtb., dd. 11 Oct. 1876, hetwelk in kracht van gewijsde is gegaan, is beslist, dat de tegenwoordige eischer overspel heeft gepleegd met M. M. W., en dat uit dien hoofde zijn vroeger huwelijk door echtscheiding is ontbonden verklaard; voorts dat hij, eischer, en genoemde M. M. W. dezelfde personen zijn als tegen wier voorgenomen huwelijk het O.-M. zich thans door middel van stuiting heeft verzet;

„O., dat door de beslissing van de regtb., in hooger beroep bekrachtigd, dat die stuiting te regt is geschied, en door de ontzegging van den eisch tot opheffing daarvan geen der door den eischer aangeduide wetsa. is geschonden noch verkeerd toegepast;

„O., dat de bewering van den eischer, dat a. 89 B.-W. alléén op *straf*vonnissen, en niet ook op *burgerregtelijke* uitspraken toepasselijk zoude zijn, is onjuist;

„dat toch, gelijk de regtb. met juistheid heeft overwogen, reeds de duidelijke tekst van het a. door de algemeenheid zijner bewoordingen de beperkende uitlegging van den eischer niet gedoogt, terwijl de uitdrukkingen *„van overspel overtuigd"* en *„medepligtige"* geenszins uitsluitend op *strafregtelijke* uitspraken slaan, maar in een ruimeren zin beteekenen, dat het overspel bij een *vonnis* moet zijn geconstateerd, en dat het huwelijk van den schuldigen echtgenoot met hem of haar die dat overspel met den schuldige heeft gepleegd verboden is;

„O., dat de beperking, die uit de woorden der wet niet voortvloeit, evenmin volgt uit hare geschiedenis, daar integendeel vaststaat, dat a. 298 *C.-N.* alleen betrof het geval van echtscheiding op grond van overspel, en nu wel blijkt van des wetgevers bedoeling om het verbod van a. 89 B.-W. niet tot dat geval te beperken, maar in geenen deele van die om het voor dat geval uit te sluiten;

„O., dat, vermits, blijkens het overwogene, a. 89 B.-W. ook in geval van een door een vonnis van echtscheiding bewezen overspel toepasselijk is, bijgevolg het O.-M. tot de stuiting van een huwelijk ook in dat geval geroepen is, en derhalve a. 120 B.-W. mede niet verkeerdelijk is toegepast;

„O., dat evenmin van schending van a. 1954 B.-W. kan sprake zijn, omdat, — aangenomen dat de toepasselijkheid van dit a. niet reeds door a. 1957 wordt uitgesloten, — in die onderstelling het voorschrift van a. 120 j° a. 89 B.-W. als eene wettelijke afwijking van den regel, in a. 1954 vervat, zoude zijn te beschouwen;

„O., dat uit dit alles volgt, dat de eisch in cassatie is ongegrond;

„Verwerpt dien eisch;

„Veroordeelt den eischer in de kosten van het geding in cassatie."

N° 1652. — Arrest van 5 December 1879.

(A. 487, al. 2, K.)

Mag de schipper overliggeld, als huurprijs van het buitengewoon gebruik van het schip, vorderen van den geconsigneerde, die wel gedurende de ligdagen tot ontvangst bereid was, doch wiens onder in het schip liggende goederen, wegens de noodzakelijk voorafgaande lossing der bovengelegenen, eerst na de ligdagen konden worden gelost, waar, gelijk in casu, *noch bij het cognossement, noch bij de chertepartij, eenige afzonderlijke termijn voor een der geconsigneerden is bedongen of toegestaan?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De verw. in cassatie heeft, na daartoe bekomen regterlijke autorisatie, doen opslaan en onder bewaring van een derde stellen eene partij lijnzaad, bestemd voor den eischer in cassatie, en door hem verw. met zijn stoomschip aangevoerd uit Kroonstad, zulks omdat de bij de chertepartij voor lading en lossing bepaalde tijd verstreken was, en *de eischer weigerde te betalen de wegens niet-lossing binnen dien tijd van hem gevorderde vergoeding voor een overligdag.* De eischer heeft de opheffing van dien opslag gevorderd, bewerende in de lossing van het voor hem bestemde niet nalatig te zijn geweest, vermits bij de lossing daarvan binnen den bij de chertepartij bepaalden tijd niet heeft kunnen doen plaats hebben, omdat zijne goederen lagen onder goederen van andere geconsigneerden, hij dus niet kon lossen voor dat die goederen gelost waren, en tot de lossing dezer laatsten de geheele bij de chertepartij bepaalde termijn was gebruikt. Met vernietiging van een vonnis der regtb. te Rotterdam, waarbij de eischer was toegelaten het feit, waarop hij zich tot staving van zijne bewering, dat hij niet nalatig was geweest om te lossen, had beroepen, door getuigen te bewijzen, heeft het Hof bij het beklaagde arr. des eischers vordering ontzegd. Het Hof is nl. van oordeel, dat reeds alleen het verloopen van den

bij de chertepartij toegestanen termijn den verw. regt gaf om vergoeding voor een overligdag te vorderen, tenzij de niet lossing binnen dien termijn aan zijne schuld of nalatigheid ware te wijten, of hij door overmagt belet ware geworden het schip gedurende den daarvoor bestemden termijn ter lossing beschikbaar te stellen; dat toch de vergoeding voor overligdagen is te beschouwen als de prijs voor het buitengewoon gebruik, dat van het schip ten dienste der lading wordt gemaakt, en dat dus de omstandigheid, waarop de nu eischer zich beroept, en die het Hof beslist, dat *in confesso* is, den verw. het regt op vergoeding voor het buitengewoon gebruik, dat van het schip gemaakt werd, niet kan ontnemen.

„Het *middel* is, dat geschonden en verkeerd toegepast zijn de a. 457, 474, 455, 464, 465 K. 1279—1281, 1344 B.-W., omdat het arr. de aansprakelijkheid van den geconsigneerde voor overligdagen aanneemt, ook daar, waar de vertraging veroorzaakt werd niet door zijne nalatigheid, maar door overmagt of eene vreemde oorzaak, en deze beslissing motiveert op den grond, dat de aansprakelijkheid voor overligdagen is vergoeding voor langer gebruik van het schip.

„Over de vraag of de verpligting tot betaling van overligdagen als eene vergoeding voor het gebruik van het schip ten dienste der lading, dan wel als eene schadeloosstelling voor niet-nakoming der verbindtenis tot lossing binnen zekeren tijd moet worden aangemerkt, bestaat verschil van gevoelen. Men zie b. v. Mr. Kist, V, pag. 219 en 220, eene conclusie bij Mr. van Maanen (v. d. Hon., *B.-R.* III, 97), en Diephuis, II, pag. 138.

„Ik zou denken, dat, wat ook de verpligting tot vergoeding van overligdagen in andere gevallen moge zijn, hier, waar het feitelijk vaststaat, dat bij de chertepartij niet slechts bepaald is hoeveel voor elken overligdag zou moeten worden betaald, maar ook hoeveel overligdagen er zouden zijn, waar-

door tegenover de verpligting tot betaling van overligdagen staat de gehoudenheid van den schipper om ook na afloop der ligdagen zijn schip nog gedurende een aantal dagen voor de lading in gebruik te laten, de vergoeding van overligdagen niet wel iets anders kan zijn dan eene, zij het dan ook verhoogde, remuneratie voor het met wederzijdsch goedvinden voortgezet gebruik van het schip ten dienste der lading. En is dat zoo, dan vloeit in zoodanig geval de verpligting tot betaling van overligdagen voort uit de overeenkomst, en niet uit de wet, niet uit a. 457 K., en kunnen dus ook in deze, waar verpligting tot vergoeding voor één overligdag is geoordeeld aanwezig te zijn *krachtens de chertepartij* (overw. 2 en 3 van het arr.), noch a. 457 K., noch eenig ander der bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„Maar ik behoef daar niet op aan te dringen, omdat ook indien met den eischer kan worden aangenomen, dat a. 457 K. *in casu* toepasselijk is, en dat de gehoudenheid tot betaling van overligdagen ook in dit geval is eene verpligting tot vergoeding wegens wanpraestatie, die, ingevolge a. 457 cit. slechts ingeval van nalatigheid bestaat en dus niet dengene treft die door *overmagt* of eene vreemde oorzaak verhinderd is geweest te lossen, toch zoodanige overmagt of vreemde oorzaak *in casu* niet heeft bestaan, en dus de eischer, die zonder daarin door eene vreemde oorzaak verhinderd te zijn, niet voldaan heeft aan eene verbindtenis, die, zooals de eischer het voorstelt, bestond in iets op straffe van vergoeding, binnen zekeren tijd te moeten doen, en die dus medebragt, dat hij door het enkel verloop van dien tijd in gebreke zou zijn, *revera* NALATIG is geweest.

„Het staat feitelijk vast, dat het schip van den verw., *voor het geheel* was bevracht, dat voor de lading en lossing ÉÉN termijn van elf dagen bij chertepartij was bepaald, dat de eischer in cassatie slechts een gedeelte had te ontvangen,

en dat, toen het schip te Rotterdam aankwam, reeds zeven dagen voor het laden waren gebruikt, en slechts vier dagen voor het lossen overbleven, een termijn die geheel verbruikt is voor de lossing van een ander gedeelte der lading, dat lag boven het voor dezen eischer bestemde. De onmogelijkheid, waarin zich de eischer bevonden heeft om binnen den bij de overeenkomst van bevrachting bepaalden termijn te lossen, is dus alleen te wijten geweest daaraan, dat bij de chertepartij òf een te korte termijn voor laden en lossen is bedongen, òf althans niets is gestipuleerd omtrent den termijn van lossing voor iederen geconsigneerde afzonderlijk bij eventuele splitsing der lading. Maar dat is niet als eene dezen eischer vreemde oorzaak, vèel minder als eigenlijke overmagt aan te merken, omdat de eischer, die niet ontkent als cognoscementhouder door de chertepartij, ook voor wat betreft het daarbij omtrent de ligdagen bepaalde verbonden te zijn, maar alleen beweert, daaraan niet te hebben kunnen voldoen, het in zijne magt heeft gehad door die overeenkomst niet verbonden te worden, de daarin opgenomen bedingen niet tot de zijne te maken, door het cognoscement niet aan te nemen, en de lading niet op te vorderen doch, nu hij dit wel gedaan heeft, zich over de nadeelige gevolgen zijner eigene daad, zijner eigene overeenkomst, gevolgen, die bij die overeenkomst hadden kunnen en moeten worden voorzien, niet kan beklagen. En wanneer de eischer daartegen aanvoert, dat de oorzaak waarom hij niet binnen den tot lossing overblijvenden termijn gelost heeft, niet is het contract maar het feit, dat de bovenliggende goederen van andere geconsigneerden niet eerder gelost zijn, dan is het antwoord daarop, dat toch het contract de oorzaak is, dat die bovenliggende geconsigneerden den geheelen termijn van lossing hebben kunnen gebruiken en daardoor voor den eischer lossing binnen dien termijn onmogelijk hebben kunnen maken, wat hij tegenover den schipper zich zelven te wijten heeft, daar-

gelaten de vraag, die hier niet aan de orde is, of hij de overligdagen, die hij aan den schipper zal moeten betalen, geheel of gedeeltelijk op zijne mede-geconsigneerden zal kunnen verhalen.

„Indien dus al a. 457, al. 3, K. hier toepasselijk is, en de *nalatige* van dat a. is een *nalatige* in den zin der a. 1279—1281 en 1344 B.-W., toch is dan *in casu* juist geoordeeld, omdat nalatigheid als in die a. wordt bedoeld, hier wel degelijk bestaat.

„En dan kunnen de bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen ook niet zijn geschonden of verkeerd toegepast, tenzij men mogt kunnen aannemen, dat die a. eene splitsing, als de regtb. te Rotterdam heeft aangenomen, noodzakelijk maken."

„Het stelsel der regtb. is, dat, wanneer er meerdere geconsigneerden zijn, de voor de lossing bestemde termijn gerekend moet worden ter beschikking van hen allen gezamenlijk te zijn, in dier voege, dat ieder hunner aanspraak heeft op een evenredig deel van dien termijn, en dat de schipper slechts liggeld vorderen kan, en dus bij weigering daarvan de lading kan doen opslaan van dien geconsigneerde, die den termijn, waarop hij regt had, niet heeft gebruikt, of dien heeft overschreden, en dat, zoo dien ten gevolge andere geconsigneerden in de lossing hunner goederen worden vertraagd, hunne aanspraak op het hun toekomende deel der ligdagen daardoor niet verloren gaat. Maar dat stelsel is niet alleen in strijd met *deze* chertepartij, waarbij slechts ÉÉN TERMIJN van elf dagen voor laden en lossen is bedongen en regt op vergoeding voor overligdagen alleen is toegekend voor voortgezet gebruik van het schip na DIEN termijn, maar het is ook in strijd met de wet, vermits volgens a. 485 K. de schipper den bevrachter of geconsigneerde eerst tot lossing kan noodzaken, wanneer de tijd om te lossen bij DE CHERTEPARTIJ OF BIJ DE WET BEPAALD verloopen is, hij ingevolge a. 486 eerst na verloop van DIEN termijn bevoegd is de

lading te lossen en op te slaan, en hij, volgens a. 457 slechts voor het geval van niet-lossing BINNEN DEN BIJ DE CHERTEPARTIJ OF BIJ DE WET BEPAALDEN TERMIJN aanspraak op betaling van ligdagen heeft.

„Het *middel* komt mij dus onaannemelijk voor, en mitsdien heb ik de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 457, 474, 455, 464, 465 K., 1279—1281, 1344 B.-W., omdat het arr. de aansprakelijkheid van den geconsigneerde voor overligdagen aanneemt, ook daar, waar de vertraging veroorzaakt werd niet door zijne nalatigheid, maar door overmagt of eene vreemde oorzaak, en deze beslissing motiveert op den grond, dat de aansprakelijkheid voor overligdagen is vergoeding voor langer gebruik van het schip;

„O., dat het feitelijk vaststaat, dat het schip des verweerders bij eene chertepartij voor het geheel was bevracht, en dat bij die chertepartij voor lading en lossing één termijn van slechts elf dagen was bepaald;

„dat de eischer in cassatie, volgens zijn cognoscement, slechts een gedeelte der lading had te ontvangen, en dat noch bij het cognoscement, noch bij de chertepartij, eenige afzonderlijke termijn voor een der geconsigneerden is bedongen of toegestaan;

„O., dat de eischer derhalve, met zijne mede-geconsigneerden, is regtverkrijgende van den inlader, die de chertepartij heeft geteekend, en dus met die andere geconsigneerden verbonden tot nakoming der daarin door den inlader op zich genomene verpligtingen, zoodat hij zich tegenover den vervrachter of schipper niet beroepen kan op de daden van de mede-geconsigneerden als eene hem vreemde oorzaak, noch ook den schipper op dien grond het hem bij a. 487, al. 2,

K. gegeven voorregt op de ingeladene goederen zoude kunnen doen ontzeggen;

„O., dat het aangevoerde *middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1653. — Arrest van 12 December 1879.

(A. 495 B.-W.)

Is hij, wiens onder-curatele-stelling wegens verkwisting is verzocht, en voor wien krachtens a. 495 *B.-W. een provisionele bewindvoerder is benoemd, bevoegd zelfstandig en zonder bijstand van dezen, verzet te doen tegen een op zijne onroerende goederen gelegd executoriaal beslag?* — Ja.

De eischer in cassatie, kosteloos procederende tegen een arr. van het Geregtshof te 's Bosch van 24 Junij 1878, heeft bij dagvaarding den gedaagde doen aanzeggen:

„A. *in facto* vaststaat dat de eischer in cassatie heeft gelegd executoriaal beslag op onroerende goederen van den verw., dat deze tegen dat beslag verzet heeft gedaan en den eischer gedagvaard om dit verzet van waarde te doen verklaren;

„A. mede vaststaat, dat de eischer dit verzet heeft beantwoord *ante omnia* met eene exceptie van niet-ontvankelijkheid des verw^{s}, hierop berustende, dat hij verw. is onbevoegd om, gelijk hij doet, in regten op te treden, op grond dat tijdens het uitbrengen van verzet en dagvaarding aan de regtb. een verzoekschrift tot onder curatele-stelling wegens verkwisting was ingediend en de regtb. een provisionelen bewindvoerder, a. 495 B.-W., over den verw. had benoemd;

„A. de arr.-regtb. te Maastricht bij vonnis van 8 Nov. 1877, gehoord het O.-M., de in 's Hofs arr. gerelateerde

verweringen tegen deze exceptie onvoldoende heeft geoordeeld en den verw. niet-ontvankelijk in zijn verzet en verdere vorderingen verklaard;

„A. echter, op het daarvan ingesteld hooger beroep, het Hof bij zijn beklaagd arr., *zonder het O.-M. te hooren*, dat vonnis heeft vernietigd, het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid verwerpende en de zaak voor verdere beregting verwijzende naar den eersten regter, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten van beide instantiën;

„A. bij dit arr. in de eerste plaats is geschonden a. 324 B.-R., in verband met schending en verkeerde toepassing van a. 14 A.-B., a. 59 en 62 B.-R. en a. 4 R.-O., daar het eerst aangehaalde a. voor elk geding en zaak betreffende den staat van personen, — hoedanige regtsstrijd bij des eischers opgeworpene exceptie van niet-ontvankelijkheid onmiskenbaar werd gemoveerd, — gebiedend en in het belang der openbare orde voorschrijft, dat het O.-M. zal worden gehoord;

„A. ten andere de regter in appel, den nu verw. ontvankelijk verklarende in zijn verzet, ofschoon tijdens het uitbrengen daarvan een provisionele bewindvoerder, krachtens a. 495 B.-W. en als gevolg van een verzoek tot zijne curatele, over hem was benoemd, heeft voorbijgezien dat (gelijk de eerste regter zeer juist overwoog), iemand, in zoodanigen toestand geplaatst, is onbevoegd, — althans onbevoegd zonder de medewerking van zijnen bewindvoerder, — tot het verrigten van burgerlijke handelingen van dien aard als het in regten verzet doen tegen beslag op zijne goederen;

„A. het niet-opnoemen van personen, over wie een bewindvoerder is gesteld, onder hen, die volgens a. 1366 B.-W. onbekwaam zijn om overeenkomsten te treffen, zeer zeker hier niet kan afdoen, zoowel omdat *in casu* niet de rede is van het treffen van *overeenkomsten*, als omdat diverse personen, die notoir onbekwaam zijn tot regtshandelingen, *niet* in dat a. worden vermeld;

„A. de verder door het Hof ingeroepen a. 500 en 501 B.-W. wel meer met de materie te maken hebben, maar noch de opmerking dat aldaar de werking der *curatele* op handelingen vóór en na de benoeming wordt geregeld, noch de stelling dat bij het stilzwijgen dier a. gelijke werking niet mag worden toegekend aan de benoeming van den bewindvoerder, 's Hofs beslissing kan regtvaardigen;

„A. de benoeming van eenen bewindvoerder is te beschouwen als een door de wet ingevoerde, ofschoon niet in bijzonderheden geregelde, soort van voorloopige curatele, die den pleegbevolene de magt ontneemt om, zoo al niet geheel, dan ten minste zonder bijstand van den bewindvoerder, regtsgeldig te handelen, zeer zeker ten minste om geheel op eigen hand processen te voeren, en zonder deze beperking van des pleegbevolenen regtsbevoegdheid niets beteekenen zou;

„A. uit het bij a. 495 B.-W. omschreven mandaat van den bewindvoerder om voor des pleegbevolenen *persoon en goederen zorg te dragen*, — een mandaat, geheel gelijksoortig aan dat van den voogd, — ten duidelijkste volgt, dat de taak om te waken tegen een onregtmatig beslag van des pleegbevolenen goed tot dit mandaat behoort, en het niet aan dien pleegbevolene, immers niet aan hem zonder medewerking des bewindvoerders, staat om bij wijze van oppositie tegen zoodanig beslag te dier zake op te treden in regten;

„A. noch in de beslissing der regtb., noch in het regtssysteem, hetwelk daaraan ten grondslag ligt, te vinden is die ontneming van alle regtsbevoegdheid, reeds vóór het vonnis tot curatele, welke het Hof niet zonder stellige wetsbepaling wil aannemen;

„A. daarentegen 's Hof leer, dat de provisionele bewindvoerder alleen tot taak heeft om te doen datgeen, hetwelk de pleegbevolene in gebreke blijft zelf te doen, of wel hem tegen zijn eigen handelingen te beschermen, deze taak *in*

strijd met den aard van het mandaat en ten nadeele van den pleegbevolene te veel inkrimpt;

"A. in dat systeem de *verhindering* van handelingen, waartoe het Hof den provisionelen bewindvoerder soms ook geroepen acht, meestal, zoo niet immer, onmogelijk zal zijn;

"A. de door het Hof verlangde waarborgen voor goed beheer in den betrekkelijk korten tijd, gedurende welken het voorloopig bewind wordt gevoerd, *revera* door den wetgever zijn gesteld, en het openbaar maken der benoeming van een vertegenwoordiger volstrekt niet als *regel* onzer wetgeving kan gelden;

"A. dus het Hof, door het vonnis *a quo* te vernietigen en de voorgestelde exceptie te verwerpen *c. e.*, heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. 495, 500, 501, 503, 1356, 1365 en 1366 B.-W.;

"bij 's H.-R.'s arr. te hooren vernietigen 's Hofs beklaagde arr., en bij datzelfde 's H.-R.'s te wijzen arr., in geval van aanneming van het *eerste middel*, de zaak te hooren verwijzen naar een ander Geregtshof, ingevolge a. 106 R.-O. om de voorgestelde exceptie opnieuw te beregten, — en ingeval van aanneming van het *tweede middel*, met onderzoek der voorgedragen exceptie zelve door den H.-R., het tusschen partijen gewezen vonnis der arr.-regtb. te Maastricht, waarvan was geappelleerd, te hooren bekrachtigen; alles eindelijk, in elk geval, met veroordeeling des verw[s] in al de kosten van appel en cassatie."

Voor den verw. is geconcludeerd als volgt:

"A. wat betreft het *eerste middel* dat op eenen onjuisten grondslag steunt, vermits het geschil tusschen partijen niet betrof eene quaestie van staat, maar liep over de regtsbevoegdheid, toekomende aan iemand wiens staat tusschen partijen was geheel onbetwist;

"A. het *tweede middel* opkomt tegen de verwerping van eischers bewering dat de verw. zou zijn onbevoegd om in regten te staan;

„A. die beweerde onbevoegdheid uitsluitend steunt op het feit dat ten opzigte van den verw. naar a. 495 B.-W. is benoemd een provisionele bewindvoerder;

„A. intusschen bevoegdheid om regtshandelingen aan te gaan en om in regten te staan, regel is en blijft tot zoolang uitdrukkelijk blijkt dat de wet die bevoegdheid heeft ontnomen;

„A. dit laatste met den verw. het geval niet is, daar hij niet behoort tot de in a. 1366 B.-W. onbekwaam verklaarden, noch ten zijnen opzigte ergens eene bepaling wordt aangetroffen als in a. 163 en 165 B.-W. voor de gehuwde vrouw, — in a. 354 voor het kind, — in a. 441 B.-W. voor minderjarigen en onder curatele gestelden, — in a. 519 B.-W. voor afwezigen, — in a. 770 en 813 K. voor den failliet uitdrukkelijk wordt vastgesteld;

„A. de eischer die nergens bij de wet uitgesprokene incapaciteit vruchteloos zoekt te betoogen uit a. 495 B.-W.;

„A. immers de bij dat a. bedoelde benoeming *niet* is te beschouwen als eene „voorloopige curatele" en ook *niet* als „eene soort daarvan", gevende noch de woorden van het a., noch de bedoeling des wetgevers tot dergelijke opvatting eenig regt;

„A. waar de wet alleen spreekt van een voorloopig opgedragen bewind of beheer, doch van vertegenwoordiging bepaaldelijk zwijgt, het niet aangaat in de reeds exceptionele bepaling van het a. te lezen eene onbevoegdheid van eenen nog *sui juris* zijnden persoon om regtshandelingen te sluiten of in regten te staan;

„A. eene bedoeling des wetgevers verder strekkende dan zijne woorden niet alleen nergens blijkt, maar zelfs ten eenenmale onaannemelijk is dat, terwijl curatele eerst aanvangt uit kracht van een gewijsde en dan slechts *ex tunc* terugwerkt in zekere bepaalde gevallen, een toestand, gelijkstaande met curatele zou intreden uit kracht eener praeparatoire voor appel niet vatbare beschikking des regters, gegeven op

een oogenblik, waarop het nog onzeker is of ooit curatele zal worden uitgesproken;

„A. de bewering dat uit de door den bewindvoerder te vervullen taak de incapaciteit des pleegbevolene zou voortvloeijen, slechts is eene *petitio principii*, die niet wordt gered door het beeld dier taak als *wakend* voor te stellen, daar uit de gewilde waakzaamheid des eenen nog niet tot de verpligte slaap des anderen mag worden besloten;

„A. eindelijk de meening dat, wordt a. 495 niet verstaan naar eischers opvatting, dat a. niets zou hebben te beteekenen, hoogstens zou zijn eene grief tegen de wet, maar niet tegen het arr., doch bovendien is ongegrond, daar a. 495 steeds eene aanmerkelijke ruimte van bemoeijing voor den bewindvoerder openlaat;

„A. daarentegen wel mag worden in het oog gehouden dat met eischers opvatting van het a., de regtszekerheid van derden, vermits de benoeming des bewindvoerders blijft *intra muros*, zeer dikwijls gevoelig zou worden verkort;

„A. ten slotte moet opgemerkt worden dat, is de verw. niet onbevoegd om in regten te staan, hij evenmin den bijstand of de medewerking zijns bewindvoerders behoeft, en het ook geen onderscheid ten zijnen nadeele maakt dat de ingestelde vordering is een verzet tegen een onregtmatig arr., *maar* dat *bovendien* die twee beweringen des eischers rakende *eene verpligte medewerking* (welke?) of eene speciale onbevoegdheid, waar het geldt *eischers onregtmatige arr*", als *nieuwe weren* in cassatie zijn onaannemelijk;

„Zoo concludeert Mr. B. M. Vlielander Hein, als adv. van den verw., dat bij arr. van den H.-R. der Ned. het ten deze ingesteld beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De verw. in cassatie is bij de regtb. te Maastricht in

verzet gekomen tegen, en heeft de opheffing gevorderd van een door den eischer in cassatie op zijne onroerende goederen gelegd executoriaal beslag. Hij is in die vordering door de regtb. niet-ontvankelijk verklaard, op grond, dat hij op den dag, waarop het verzet door hem is gedaan niet bevoegd zou zijn geweest om dit verzet te doen, vermits een verzoek tot onder-curatele-stelling tegen hem aanhangig was, en uit kracht van a. 495 B.-W., door de regtb. een provisionele bewindvoerder was benoemd om voor zijn persoon en zijne goederen zorg te dragen.

„Het Hof heeft bij het beklaagde arr., zonder het O.-M. te hebben gehoord, het vonnis van de regtb. vernietigd, en het door de regtb. aangenomen *middel* van niet-ontvankelijkheid verworpen.

„Tegen dat arr. worden *twee middelen* voorgesteld. Het *eerste* heet: schending van a. 324 B.-R., in verband met schending en verkeerde toepassing van a. 14 Alg.-Bep., 59, 62 B.-R., 4 R.-O., omdat het eerst aangehaalde a. voor elk geding en zaak betreffende den staat van personen, hoedanige regtsstrijd bij des eischers opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid onmiskenbaar wordt gemoveerd, gebiedend en in het belang der openbare orde voorschrijft, dat het O.-M. zal worden gehoord.

„Teregt is echter door den verw. opgemerkt, dat in dit geding de kwestie niet liep over den staat van den verw., maar over de vraag, of de verw., wiens staat was geheel onbetwist, bevoegd was in regten op te treden.

„*L'état des personnes*, zegt DALLOZ, in voce sub n° 1, „c'est *la qualité* à raison de laquelle les personnes ont, soit „relativement à la société, soit relativement à la famille des „droits à exercer et des devoirs à remplir." Hier nu is geene zoodanige *qualiteit* betwist, maar alleen beweerd, dat de verw., wegens de qualiteit die hij bezat, niet in regten kon optreden, en dat beweren raakt dus niet den staat van

den verw. Men zie CARRÉ (éd. Brussel 1846), Quest. 401, p. 432.

„Daarom acht ik het *eerste middel* ongegrond.

„Bij het *tweede* wordt beweerd, dat het Hof, door de voorgestelde exceptie te verwerpen, de a. 495, 500, 501, 503, 1356, 1365 en 1366 heeft geschonden en verkeerd toegepast.

„Het Hof beslist, dat het onaannemelijk is, dat de wetgever aan de benoeming van een provisionelen bewindvoerder dezelfde gevolgen als aan de onder-curatele-stelling zou hebben willen verbinden, zonder dit uitdrukkelijk te bepalen; dat a. 1366 B.-W. onder de onbekwamen om overeenkomsten aan te gaan niet opnoemt hen ter wier verzorging een provisionele bewindvoerder is aangesteld; dat uit de verpligting van den provisionelen bewindvoerder om „zorg te dragen" en „beheer te voeren" nog niet volgt geheele ontneming van beheer aan den pleegbevolene, en nog veel minder diens algeheele onbekwaamheid om regtshandelingen aan te gaan, en dat, zoo de wetgever den provisionelen bewindvoerder de bevoegdheid van een provisionelen curator had willen toekennen, hij, zooal niet waarborgen voor goed beheer, althans openbaarmaking der benoeming, ten behoeve van derden, die daarbij het grootste belang hebben, zou hebben voorgeschreven.

„Ik houd die beslissing voor juist.

„Zal men aan dezen verw. de *persona standi in judicio*, die in den regel ieder meerderjarige heeft, kunnen betwisten, dan zal men moeten kunnen aanwijzen, òf eene wetsbepaling, waarbij aan dengene, wiens curatele gevraagd is, en voor wien een provisionele bewindvoerder is benoemd, het regt om in regten op te treden, *uitdrukkelijk* ontnomen is, òf eene wetsbepaling, waarbij zoodanige regten en verpligtingen aan den provisionelen bewindvoerder worden opgedragen, dat zij de bevoegdheid van den curandus om zelf in regten ook zonder bijstand van den provisionelen bewindvoerder op te treden, noodzakelijk moeten uitsluiten.

„Dat het eerste niet het geval is, valt niet te betwisten.

Eene wetsbepaling, waarbij de pleegbevolene curandus tot zelfstandig handelen of tot zelfstandig optreden in regten *uitdrukkelijk* onbevoegd verklaard wordt, is in het *middel* niet genoemd, en ook in de wet niet te vinden. Maar volgt die onbevoegdheid dan noodzakelijk uit den aard van het aan den provisionelen bewindvoerder opgedragen mandaat? Ik geloof het niet. Dat mandaat is volgens de a. 495 en 503 het zorgen voor den persoon en de goederen van den curandus en het beheeren van diens goederen, en daaruit volgt wel, dat de provisionele bewindvoerder bevoegd en verpligt is om, met betrekking tot den persoon van den curandus, toe te zien, dat hem niets nadeeligs wedervare, en dit zoo mogelijk te weren, en met betrekking tot diens goederen, alle daden van administratie te verrigten die noodig zullen zijn, maar daaruit volgt niet, dat de *curandus* alle bevoegdheid tot zelf handelen verloren heeft, en ook niet, dat wanneer de bewindvoerder stilzit, de *curandus* niet in regten zou mogen optreden. Om dit aan te nemen zou naast a. 495 en 503 eene wetsbepaling noodig zijn als in a. 441 voor den voogd is opgenomen. Wanneer dan ook de eischer beweert, dat het toezigt en het beheer van den provisionelen bewindvoerder is *eene soort van voorloopige curatele*, dan kan dit slechts worden toegegeven voor zoover men in de gelijkstelling van het toezigt en beheer van den provisionelen bewindvoerder met dat van den *curator* niet verder gaat dan de wet.

„Il est hors de doute," leert DALLOZ in voce *Interdiction* sub n° 114 „que la nomination d'un administrateur provisoire „ne peut avoir pour effet tant que l'interdiction n'est pas „prononcée, de dépouiller le défendeur de l'exercise de ses „droits civils; décider le contraire serait assimuler l'adminis„trateur provisoire au conseil judiciaire; ce serait créer un „nouvel état d'incapacité, qui ne serait ni celui résultant „de la dation d'un conseil, ni celui que produit l'interdiction."

En in het in noot 2 door DALLOZ aangehaalde arr. van het Hof van cassatie heet het: „Le premier (n. l. a. 497 *C.-C.*) „a pour unique but de prévoir le cas où, par négligence „ou incurie, le majeur pourrait compromettre sa personne ou „ses intérêts, et c'est pour obvier à cet inconvénient qu'il „constitue un administrateur provisoire, dont les actes d'ad„ministration peuvent concourrir avec ceux de même nature, „faits par le majeur lui-même. La nomination de cet admi„nistrateur n'éteint ou ne suspend donc nullement la capacité „légale du majeur." Dat is ook de algemeene door de schrijvers aangenomen leer. Men zie o. a. DIEPHUIS, *Het Ned. burg. regt* V, pag. 587; OPZOOMER II, pag. 460, noot 3; MOURLON, *Répétitions sur le C.-N.*, I, n° 1283, pag. 621; MARCADÉ II, pag. 315, n° 316; DEMOLOMBE VIII, n° 515, en vooral LAURENT V, n° 372.

„En indien de wet nu niet toelaat, wat de eischer wil, dan kan het in cassatie de vraag niet zijn of de curandus, wanneer men dit niet toelaat, wel genoegzaam tegen zijn eigene handelingen beschermd wordt.

„Wat de eischer beweert is in werkelijkheid niets anders dan dat de onbevoegdheid om in regten op te treden van den curandus die een provisionelen bewindvoerder heeft, alhoewel niet in de wet *uitgesproken*, *toch past in het stelsel van* den wetgever. Maar daargelaten, dat het niet aangaat uitzonderingen op het gemeene regt te scheppen *ex praesumta legislatoris voluntate*, zoo is het ook minstens twijfelachtig of datgene, wat de eischer wil, wel past in het stelsel van het B.-W.

„Het toezigt en beheer van den bewindvoerder is volgens den eischer „eene soort van voorloopige curatele, die den „pleegbevolene de magt ontneemt om, zooal niet geheel, dan „ten minste zonder bijstand van den bewindvoerder regtsgeldig „te handelen, zeer zeker ten minste om geheel op eigen hand „processen te voeren". Het zou dus zijn eene even als de

curatele zelve, *naar buiten werkende* regtsbeperking. Maar, waarom heeft de wetgever dan niet de openbaarmaking dier voorloopige curatele voorgeschreven, zooals hij die van de definitieve curatele heeft bevolen? Het antwoord ligt voor de hand. Omdat de benoeming van een provisionelen bewindvoerder op de regtsbevoegdheid van den *curandus tegenover derden* zonder invloed is, vermits wel ingevolge a. 506 de onder curatele gestelde met een minderjarige gelijk gesteld is, maar zoodanige gelijkstelling voor den curandus met den provisionelen bewindvoerder niet bestaat. Er was dan ook allessins grond om den curandus, wien een provisionele bewindvoerder gegeven is, niet tot regtshandelingen onbevoegd te verklaren en dus ook niet aan de handelingen van den curandus na de benoeming van den bewindvoerder verrigt, nietigheid te verbinden, juist omdat de toestand van zoodanigen curandus slechts is een *provisionele*, die in het leven wordt geroepen omdat de regter nog niet genoegzaam is ingelicht om de curatele te kunnen uitspreken, zoodat het zeer wel kan gebeuren, dat, ondanks de benoeming van een provisionelen bewindvoerder, de gevraagde onder-curatele-stelling, als zijnde daartoe geen grond, niet wordt uitgesproken, terwijl het in zoodanig geval ongerijmd zou zijn nietig te verklaren regtshandelingen, verrigt door iemand die gebleken is tot waarneming zijner zaken volkomen in staat te zijn geweest.

„Ik zeg met het reeds aangehaalde arr. van het Hof van cassatie: „Ce serait méconnaitre et le texte et l'esprit de la „loi que de consacrer un système qui aurait de pareilles „conséquences", en ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten van cassatie".

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van enz.;

„O., dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld:

„I. schending van a. 324 B.-R., in verband met schen-

ding en verkeerde toepassing van a. 14 Alg.-Bep., de a. 59 en 62 B.-R. en a. 4 R.-O., daar het eerst aangehaalde a. voor elk geding en zaak, betreffende den staat van personen, — hoedanige regtsstrijd bij des eischers opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid onmiskenbaar werd gemoveerd, — gebiedend en in het belang der openbare orde voorschrijft, dat het O.-M. zal worden gehoord;

„II. schending en verkeerde toepassing der a. 495, 500, 501, 503, 1356, 1365 en 1366 B.-W., door het vonnis *a quo* te vernietigen, en de voorgestelde exceptie te verwerpen, *cum expensis;*

„Ten aanzien van het *eerste middel:*

„O., dat volgens de feitelijke beslissing van het bestreden arr. vaststaat en tusschen partijen onbetwist was, dat bij het aanhangig maken van het geding, voor den verw., wiens curatele wegens verkwisting was aangevraagd, een provisionele bewindvoerder was aangesteld, terwijl er alleen verschil bestond over de vraag, of onder die omstandigheden de verweerder bevoegd was zonder bijstand van zijnen bewindvoerder in verzet te komen tegen een door den eischer op des verweerders onroerende goederen gelegd executoriaal beslag;

„O., dat hier dus geen verschil bestond over den burgerlijken staat van den verw., maar alléén over de hem in zijnen onbetwisten staat toekomende bevoegdheden, zoodat hier a. 324, 2°, B.-R. buiten toepassing moest blijven, en het *middel* mitsdien is ongegrond;

„Ten aanzien van het *tweede middel:*

„O., dat de vraag, of de verw. bevoegd was zelfstandig en zonder bijstand van den vóor hem, uit kracht van a. 495 B.-W., benoemden bewindvoerder, in verzet te komen tegen de uitwinning van zijn goed, door het Hof te regt in bevestigenden zin is beantwoord;

„O. toch, dat wel, volgens a. 495, de bewindvoerder zorg moet dragen voor den persoon en de goederen van den-

gene wiens curatele verzocht is, terwijl ook uit a. 503, 2e lid, B.-W. volgt, dat hij over die goederen beheer uitoefent, maar dat noch bij deze a., noch bij eenige andere wetsbepaling, aan hem, wien een voorloopig bewindvoerder is toegevoegd maar wiens curatele nog niet is uitgesproken, de bevoegdheid ontnomen is om, bij het stilzitten van den bewindvoerder, in regten op te treden ter bescherming van zijn eigendom;

„O., dat te minder mag worden aangenomen, dat de ontneming van die bevoegdheid stilzwijgend ligt opgesloten in de opdragt van het beheer aan den bewindvoerder, omdat in alle gevallen, waarin hij, die, door de wet geroepen tot het beheer over eens anders goed, dezen tevens in regten moet vertegenwoordigen of bijstaan, dit uitdrukkelijk door de wet wordt bepaald, gelijk o. a. blijkt uit de a. 160, 441, in verband met a. 506 B.-W. en a. 813 K.;

„O., dat alzoo ook het *tweede middel* niet is aannemelijk;

„Verwerpt het ingestelde beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen".

N° 1654. — Arrest van 12 December 1879.

(A. 1922 B.-W.; a. 249 B.-R.)

Zijn de eischers, bewerende als afstammelingen van zekeren Jacques Dubois *geregtigd te zijn tot diens nalatenschap, die zoude zijn gekomen in handen der voormalige Oost-Indische Compagnie, in welke regten en verpligtingen de Staat zoude zijn opgevolgd, gehouden te bewijzen, behalve het feit hunner afstamming van* Dubois, *het overgaan van diens nalatenschap in handen der Oost-Indische Compagnie en het tegenwoordig of vroeger bezit daarvan bij den Staat?* — Ja.

Hebben zij dit bewijs geleverd? — Neen.

In deze zaak heeft, namens den Proc.-G., de Adv.-G. Polis de volgende conclusie genomen:

„De eischers, bewerende te zijn afstammelingen en alzoo geregtigd tot de nalatenschap van zekeren JACQUES DUBOIS, die te Batavia zou zijn overleden, en wiens nalatenschap zou gekomen zijn in handen en onder beheer der Nederlandsche Oost-Indische Compagnie, in wier regten en verpligtingen de Nederlandsche Regering is opgevolgd, vorderen, dat de Staat zal worden veroordeeld om binnen eenen bij 's Raads arr. te bepalen termijn aan hen af te geven alle zoodanige stukken, boeken en bescheiden als waaruit kan blijken van de hoegrootheid en van de bestanddeelen der gemelde nalatenschap, ten einde zij daardoor in staat worden gesteld die nalatenschap formeel op te vorderen, en zulks *in originali*, voor zooverre bedoelde stukken, boeken en bescheiden uitsluitend betrekking hebben op den boedel JACQUES DUBOIS en overigens in afschrift of uittreksels ten koste der eischers te vervaardigen, met veroordeeling voorts van den Staat tot schadevergoeding voor het geval aan den last tot afgifte binnen den bij het arr. bepaalden termijn niet mogt worden voldaan.

„De Staat heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring, immers tot ontzegging dier vordering, op grond, dat de eischers niet bewijzen, dat zij tot dien pretensen boedel van dien zekeren JACQUES DUBOIS in eenige betrekking staan, en niet aantoonen van welke bepaalde stukken zij inzage of afschrift verlangen, waarop de eischers hebben verzoek gedaan om den Staat op een viertal vraagpunten te doen hooren, en de Staat tot niet-ontvankelijk-verklaring, althans ontzegging zoowel der principale als der incidentele vordering heeft geconcludeerd.

„Die conclusie berust daarop, dat de eischers geen hunner *posita* bewijzen; de vraagpunten niet tot een geschil over stukken van eenen boedel van JACQUES DUBOIS betrekkelijk kunnen zijn, wanneer er geen bewijs is, dat er ooit een JACQUES DUBOIS heeft bestaan; niet is aangewezen, welke

stukken gevorderd worden, noch dat de gevorderde stukken zijn of toebehooren aan de eischers of aan partijen gemeen, terwijl overigens ook de 2e, 3e en 4e vraag niet loopt over stukken, maar over handelingen der Regering van thans en vroegere tijden, en de eerste vraag zoo algemeen is, dat zij tot geen resultaat kan leiden.

„De eischers hebben ook na die conclusie in hunne incidentele vordering gepersisteerd, overigens bewerende, dat, bij het onvoldongen zijn der hoofdzaak, van regt doen ten principale geen sprake kan zijn, en zij hebben eindelijk *de actis causae* gemaakt een aantal stukken, waaruit van hunne verwantschap met den in de dagvaarding vermelden Jacques Dubois zou blijken.

„De gestelde vraagpunten hebben de strekking om te vernemen of er ook bestaan registers of aanteekeningen betrekkelijk nalatenschappen in en na de 2e helft der 17e eeuw op Java gevallen en gekomen in handen en onder beheer der O.-I. Compagnie, of, en zoo ja, met welk gevolg in die registers nazoeking is gedaan naar de nalatenschap van Jacques Dubois, en eindelijk of, en zoo ja, met welk gevolg van regeringswege onderzoek naar die nalatenschap is ingesteld.

„Dat een antwoord op die vragen zou kunnen leiden tot het aannemen van het wel degelijk bestaan hebben van den pretenselijk bestaan hebbenden Jacques Dubois, zal ik de eischers niet tegenspreken, maar toch geloof ik, dat de gestelde vraagpunten niet ter zake dienende zijn, omdat de ingestelde vordering niet-ontvankelijk is, en niet-ontvankelijk zou zijn ook dan wanneer bewezen was al wat de eischers omtrent het bestaan van een Jacques Dubois en omtrent diens nalatenschap poseren. Want de eischers vorderen niet afgifte, afschriften of uittreksels van stukken, *behoorende tot de nalatenschap van* Jacques Dubois, maar afgifte, afschriften of uittreksels van boeken of bescheiden, waaruit kan blijken van de hoegrootheid en de bestanddeelen dier nalaten-

schap, en tot die afgifte kan de Staat niet worden veroordeeld, omdat de Staat niet gehouden is aan de eischers mede te deelen of af te geven stukken, die niet zijn hun eigendom of niet tusschen hen en den Staat gemeen zijn, ook al hebben die stukken betrekking op eene erfenis, die onder beheer van den Staat is, en waartoe de eischers geregtigd zijn, daar toch, zooals de Raad bij zijn arr. van 12 Mei 1876 (*Rspr.* CXIII, 33; v. D. HON *B.-R.* XLI, 256) besliste niet alle stukken, die eene erfenis betreffen en zich in handen van een administrateur bevinden het geheel of gedeeltelijk eigendom zijn van den erfgenaam dier erfenis, maar zeer wel kunnen zijn het uitsluitend eigendom van den beheerder, waarop de erfgenaam geen het minste regt kan doen gelden.

„De ingestelde vordering is dus niet-ontvankelijk, en is dat zoo, dan kunnen ook de gestelde vraagpunten op de beslissing van het geding van geen invloed zijn, daar de vordering, welke ook het antwoord op die vraagpunten zijn mogt, toch niet-ontvankelijk zou blijven. De gestelde vraagpunten zijn dus niet ter zake dienende, en de incidentele vordering niet voor toewijzing vatbaar. Men zie de arr. van 12 Mei 1843 (v. D. HON., *B.-R.* IV, 463; *N. Rspr.* XIV, 89), en 23 Nov. 1854 (v. D. HON, *ibidem* XX, 72 in de noot; *N. Rspr.* XLVIII, 264).

„En wanneer de Raad de incidentele vordering op dien grond zal ontzeggen, dan zal aan die beslissing de niet-ontvankelijk-verklaring der principale vordering kunnen worden verbonden, (a. 249 B.-R.), omdat, al hebben de eischers op de door den gedaagde tegen hunne vordering geopperde niet-ontvankelijkheid niet geantwoord, zij toch daartoe in de gelegenheid zijn geweest, en hun verzuim om dit te doen, den regter niet kan verhinderen om eene beslissing te geven op de hoofdzaak, die daarvoor alleszins vatbaar is. Zie het arr. van 15 Febr. 1855 (v. D. HON., *B.-R.* XIX, 63; *N. Rspr.* XLIX, 203).

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R., ontzeggende de incidentele vordering der eischers, hen in hunne principale vordering zal verklaren niet-ontvankelijk, en hen zal veroordeelen in de kosten".

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

„O. dat de eischers, stellende, dat zij zijn afstammelingen van zekeren J. DUBOIS, 23 Febr. 1638 te Védrin in België geboren, en als zoodanig geregtigd tot zijne nalatenschap; dat genoemde DUBOIS geruimen tijd met ter woon gevestigd is geweest in Nederlandsch-Indie en te Batavia is overleden; dat zijne nalatenschap is gekomen in handen en onder beheer der Nederlandsche Oost-Indische Compagnie of harer beambten; dat de Nederlandsche Regering is opgevolgd in de regten en verpligtingen der gemelde compagnie en alzoo verantwoordelijk wegens voorzegde nalatenschap aan de daartoe geregtigden; dat intusschen die Regering vruchteloos in der minne is aangezocht om daaromtrent inlichtingen te geven, — den Staat heeft gedagvaard ten einde zich bij arr. van den H.-R. te hooren veroordeelen om binnen een bij dat arr. te bepalen termijn aan de eischers af te geven alle zoodanige stukken, boeken en bescheiden als waaruit kan blijken van de hoegrootheid en van de bestanddeelen der gemelde nalatenschap, ten einde de eischers daardoor in staat worden gesteld die nalatenschap formeel op te vorderen, en zulks *in originali*, voor zoover bedoelde stukken, boeken en bescheiden uitsluitend betrekking hebben op den boedel J. DUBOIS, en overigens in afschrift of uittreksel, die afschriften of uittreksels te vervaardigen ten koste der eischers, met verdere veroordeeling van den Staat in de vergoeding van alle kosten, schaden en interessen, door de eischers gehad en geleden, en te hebben en te lijden, indien niet, binnen den bij het arr. bepaalden termijn, aan den last tot afgifte wordt voldaan, en met veroordeeling voorts van den Staat in de kosten van het regtsgeding, voor zoover hij de ingestelde vordering mogt betwisten;

„O., dat de gedaagde, na gevraagde en ten zijnen behoeve gestelde zekerheid, bij antwoord heeft aangevoerd, dat de eischers niet bewijzen, dat zij tot den pretensen boedel van J. Dubois in eenige betrekking staan, en ook niet aantoonen, van welke bepaalde stukken zij inzage of afschrift of (voor een onbepaald gedeelte) uittreksel verlangen, terwijl de vordering, zooals die is ingesteld, niet op de wet is gegrond en voor toewijzing onvatbaar; naar aanleiding waarvan is geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging van den eisch, met veroordeeling van de eischers in de kosten, daaronder begrepen die gereserveerd bij 's H.-R.'s incidenteel arr. van 31 Mei 1878;

„O., dat de eischers daarna incidenteel hebben verzocht, dat de gedaagde zal worden gehoord op de volgende vraagpunten:

„1° zijn er onder bereik van den Staat (dat is van een departement van algemeen bestuur) geene registers van- of aanteekeningen betrekkelijk nalatenschappen in en na de tweede helft der 17e eeuw op Java gevallen, en gekomen in handen en onder beheer der toenmalige Oost-Indische Compagnie?

„2° zoo ja, is dan in die registers of aanteekeningen geene nazoeking gedaan naar de nalatenschap van J. Dubois in de eerste helft der 17e eeuw in België geboren, en zoo ja, met welk gevolg?

„3° is — onverschillig welk antwoord op de voorafgaande vragen mogt worden gegeven — van regeringswege geen onderzoek ingesteld naar de nalatenschap van J. Dubois, omtrent wiens persoon of boedel de voormalige weeskamer van Amsterdam reeds in 1818 zeide inlichtingen aan belanghebbenden te kunnen verstrekken?

„4° indien zoodanig onderzoek is ingesteld, welk gevolg heeft het dan opgeleverd?

„O., dat de gedaagde, persisterende bij zijne conclusie ten principale, tevens heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging der incidentele vordering,

omdat de gestelde vraagpunten zijn òf te algemeen, òf loopen over handelingen niet over stukken, terwijl daarenboven het niet afdoende der vraagpunten volgt uit de niet-ontvankelijkheid der principale vordering, en dat daarna door den eischer bij conclusie ter audientie het incidenteel verzoek nader is aangedrongen en tevens is beweerd, dat van regtdoen ten principale bij het onvoldongen zijn der zaak ten principale geene sprake kan zijn;

„Ten aanzien van het regt:

„O., dat de eischers, bewerende als afstammelingen van J. DUBOIS geregtigd te zijn tot diens nalatenschap, die zoude zijn gekomen in handen der voormalige Oost-Indische Compagnie, in welker regten en verpligtingen de Staat zoude zijn opgevolgd, gehouden zijn te bewijzen, behalve het feit hunner afstamming van DUBOIS, het overgaan van diens nalatenschap in handen der Oost-Indische Compagnie en het tegenwoordig of vroeger bezit daarvan bij den Staat;

„O., dat geene wetsbepaling den gedaagde verpligt om aan de eischers het ontbrekend bewijs hunner vordering te verschaffen door mededeeling *in originali*, afschrift of uittreksel van niet dan in zeer algemeene termen aangewezen stukken; dat daarenboven de eischers niet beweren, dat de bedoelde stukken deel uitmaken van de nalatenschap, waartoe zij beweren geregtigd te zijn, of wel dat deze uit anderen hoofde *hun* eigendom of wel tusschen hen en den ged. gemeen zijn in den zin van a. 1922 B.-W.;

„O., dat hieruit volgt de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vordering en dat, vermits daarin geene verandering kan worden gebragt door het antwoord op de gestelde vraagpunten, in welken zin dit ook luide, deze, zoo al tot niets anders betrekkelijk, niet ter zake dienende kunnen worden geacht;

„O., dat hier, waar dezelfde gronden, die de niet-ontvankelijkheid der principale vordering ten gevolge hebben,

zich ook verzetten tegen de toewijzing van de incidentele vordering, de zaak niet medebrengt dat de laatste eerst en vooraf worde uitgewezen, en dat alzoo volgens a. 249 B.-R. beide vorderingen tegelijk moeten worden afgedaan;

„Regt doende enz.:

„Ontzegt den eischers hunne incidentele vordering, om den ged. op vraagpunten te doen hooren;

„Verklaart hen niet-ontvankelijk in hunne principale vordering;

Veroordeelt hen in de kosten, ook die voorbehouden bij 's H.-R.'s arrest van 31 Mei 1878."

N° 1655. — Arrest van 19 December 1879.

(A. 1300 en 1301 B.-W.)

Zoo een koop en verkoop gesloten is onder eene ontbindende voorwaarde en de voorwaarde is vervuld, terwijl de goederen ondertusschen, terwijl zij onder den kooper berusten, buiten diens schuld zijn beschadigd, komt dan de schade ten nadeele van den kooper of van den verkooper? — VAN DEN VERKOOPER.

Mogen, waar de wet de risico der goederen, verkocht onder ontbindende *voorwaarde, niet regelt, de beginselen die de wet gesteld heeft betreffende de risico der goederen, verkocht onder* opschortende *voorwaarde, worden toegepast op de* ontbindende *voorwaarde?* — NEEN.

Moet elke overeenkomst, aangegaan onder ontbindende voorwaarde, zoo worden gelezen, dat zij bestaat uit twee overeenkomsten, waarvan eene zuiver *en eene onder opschorvoorwaarde?* — NEEN.

Kan er, waar de regter de gestelde regtsvraag, bij het zwijgen der wet, heeft beslist volgens algemeene regtsbeginselen, wel worden gedacht aan schending en verkeerde toepassing van bepaalde wetsartikelen? — JA.

Is het onverschillig, wat de gevolgen betreft, bij een koop en verkoop onder ontbindende voorwaarde, of, vóór de

voorwaarde is vervuld, de verkochte goederen geheel zijn verloren gegaan, dan wel alleen in waarde zijn verminderd? — Ja.

Moet de bepaling van a. 1301 *B.-W., dat de ontbindende voorwaarde de zaken tot den vorigen stand doet terugkeeren, zóó worden verstaan, dat de verkooper de bij den verkoop onbeschadigde zaken moet terug nemen, wanneer die onder het beheer van den kooper zijn beschadigd, met terugbetaling aan dezen van den koopprijs, met de interessen daarvan?* — Ja.

Moet de emballage, vracht en assurantie van de verkochte goederen, kosten door den kooper gemaakt op zijne reizen om de goederen voor zich weder met winst te verkoopen, ten laste komen van den verkooper of van den kooper, zoo de goederen onverkocht door den kooper worden teruggebragt? — Ten laste van den verkooper.

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

„Volgens de feitelijke beslissing is tusschen partijen eene overeenkomst gesloten, waarbij de eischer in cassatie van den verw. heeft gekocht eenige geweren en verdere ammunitie, ten einde die elders te verkoopen, onder de *ontbindende* voorwaarde, dat, indien de gekochte waar onverkocht mogt worden teruggebragt, de helft der op de factuur voorkomende posten met 5 % interest van af 21 Nov. 1874 tot de terugbezorging, zouden worden terugbetaald. Daar nu deze voorwaarde is vervuld, vorderde de eischer, dat de goederen teruggenomen zullen worden, en de betaalde koopprijs aan hem zal worden teruggegeven; die vordering is door den ged. bestreden, o. a. op grond, dat de goederen in zeer beschadigden toestand zijn teruggebragt. Er is tevens beslist, dat niet is gebleken, dat de schade aan schuld of nalatigheid van den eischer kan worden geweten, maar dat zij het gevolg is geweest van eene oorzaak, die partijen bij het aangaan der overeenkomst niet hadden behooren te voorzien.

„Die vordering, door de regtb. toegewezen, is in hooger beroep ontzegd, en tegen die beslissing wordt als *middel* van

cassatie voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1289, 1297, 1299, 1300 en 1301 B.-W., vermits de vordering is afgewezen, op grond, dat de *risico* der verkochte zaken, waarvan, indien zij onverkocht in Nederland terugkwamen, de koop en verkoop zou vervallen, was bij den eischer zoolang de voorwaarde niet was vervuld; en dat dientengevolge, nu daaraan inmiddels schade was opgekomen, die geen gevolg was van eene oorzaak, welke partijen bij het aangaan der overeenkomst hadden behooren te voorzien, de verw. de gevorderde som tegen teruggave der onverkocht teruggekomene goederen, niet had terug te geven.

„De regtsvraag, die in dit geding moet worden beslist is deze: voor wie der partijen bij eene overeenkomst van koop en verkoop onder *resolutoire conditie* aangegaan, de schade loopt, indien de voorwaarde wordt vervuld. Die regtsvraag was reeds een *jus controversum* onder het Fransche regt; de Nederlandsche wetgever heeft het niet noodig geoordeeld de regtsonzekerheid op te heffen, althans bij Asser en Voorduin wordt de vraag niet geopperd, en ook door de schrijvers over het burgerlijk wetboek wordt zij verschillend beantwoord. Ik acht het daarom onnoodig in een breedvoerig betoog te treden; de H.-R. zal de gronden, welke voor de beantwoording der regtsvraag bij de regtsdoctoren worden aangevoerd, zelf onderzoeken. Behalve de schrijvers waarop de geachte Raadslieden reeds hebben gewezen, nl. Duranton, Dalloz, Diephuis, aan de eene, en Marcadé aan de andere zijde, wil ik nog meer bepaald wijzen op Pothier, Bruss. éd., T. I, p. 356 en 359; Demolombe T. XII, Bruss. éd., n° 455, p. 395 suiv., waar de vraag zeer uitvoerig wordt behandeld en aangetoond, dat er volgens sommigen reeds verschil van meening bestond bij de Romeinsche regtsgeleerden; Massé en Vergé op Zachariae, T. III, p. 381, n° 3; Lacombière, *Théorie* V, p. 422 n° 63 suiv. Vooral Laurent, 2e uitg., D. XVII, p. 125 suiv., en voor het B.-W.

Opzoomer, Ve D., bl. 172. De Raad vergelijke ook Goudsmit, *Pandekten-systeem*, D. I, bl. 142; Savigny, *Systeem*, D. III, bl. 154.

„Indien de meening van sommige dier schrijvers waarheid is, dat de wet zwijgt van het regtsgevolg der intredende resolutoire conditie bij het geheele verlies of de vermindering of beschadiging der zaak, welke het onderwerp der overeenkomst is geweest, en dat de regtsvraag mitsdien uit algemeene regtsbeginselen omtrent de *in diem addictio* en het *periculum rei venditae et traditae* moet worden beslist, dan zou de vraag kunnen rijzen of er wel aan schending en verkeerde toepassing van bepaalde wets-a. kan worden gedacht, daar toch de wet de vernietiging eener regterlijke uitspraak op grond van verkeerde toepassing van een regtsbeginsel, of wel van eene toepassing *per analogiam* niet gedoogt. Het zal moeten blijken of die bewering juist is.

„Ik moet al aanstonds doen opmerken, dat de vraag welke door de geachte Raadslieden ter loops is besproken, of een verschillend regtsgevolg moet worden toegekend aan het geheele verlies, en aan de beschadiging der zaak, in dit geding niet behoeft te worden beantwoord. Voor de terugwerkende kracht dier resolutoire voorwaarde op de aangegane verbindtenis, is het m. i. onverschillig of de zaak in haar geheel is verloren gegaan, dan wel zoozeer in waarde is verminderd, dat zij voor den verkooper geene, althans, zooals *in casu*, slechts eene zeer geringe waarde meer heeft. De Raad vergelijke Laurent en Opzoomer. Teregt merkte echter Lacombière op, dat de schade bij geheelen ondergang der zaak altijd komt ten nadeele van den kooper, indien de voorwaarde, na dien ondergang, niet meer kan worden vervuld; b. v. *in casu*, indien de verkochte waren niet werden *teruggebragt*.

„*In casu* zijn de waren, ofschoon beschadigd, teruggebragt, en op welken grond heeft nu het Hof, in strijd

met de leer van het vonnis, de schade gebragt ten laste van den kooper? Het Hof is tot die overweging geleid door de toepassing van de regelen voor de *suspensive* voorwaarden op de *resolutoire*. En het Hof heeft daarin gevolgd de leer van verscheidene regtsdoctoren, die leeren, dat de overeenkomst, onder *ontbindende* voorwaarde aangegaan, eigenlijk *twee* voorwaarden bevat, en dat, in het systeem van het Wetb., de gevolgen van de *suspensive* voorwaarden op de *resolutoire* moeten worden toegepast. Zie b. v. MARCADÉ, *ll.*; LAURENT zegt uitdrukkelijk: *cette condition* (la condition resolutoire) *implique une condition suspensive.*

„Met die leer kan ik mij niet vereenigen. Zij wordt bestreden door DALLOZ, *Obligations*, T. XXXIII, n° 1195; DIEPHUIS, D. VI, bl. 71. *On a retourné*, zegt LACOMBIÈRE, *la condition resolutoire en condition suspensive. Il y a là plus de subtilité que de saine raison; non, il ne se forme pas de contrat nouveau que l'évènement confirme; il n'y a qu'une condition primitive que l'évènement resout.*

„De leer dier schrijvers vindt haren grond in de voorstelling dat er in theorie eigenlijk slechts *ééne* voorwaarde bestaat, nl. de *opschortende*. LAURENT zegt dit met zoovele woorden, en daarmede wordt dan de leer omtrent de *risico* bij de ontbindende voorwaarde geregtvaardigd. Ik acht echter dit begrip in strijd met de uitdrukkelijke bepaling van de a. 1289, 1299 en 1301 B.-W., omdat de wet de beide voorwaarden onderscheidt, en aan elke harer verschillende regtsgevolgen toekent.

„De vraag, die door den H.-R. moet worden beslist, moet m. i. beantwoord worden door te onderzoeken welk regtsgevolg door de wet aan de *resolutoire* conditie wordt verbonden.

„Ik moet echter nog eene opmerking doen voorafgaan; zij betreft de woorden van a. 1301, dat de zaken tot den vorigen stand terugkeeren. Ik vereenig mij daaromtrent met de meening van den geachten Raadsman des eischers: de

partijen keeren tot elkander in dezelfde betrekking terug, als waarin zij waren vóór het aangaan der overeenkomst.

„Ook m. i. heeft het Hof deze woorden minder juist op de zaken, waaromtrent de overeenkomst is aangegaan, toegepast.

„En nu is het regtsgevolg van de vervulling der ontbindende voorwaarde dit, dat de verbindtenis ophoudt en de zaken tot den vorigen stand terugkeeren, *alsof er geene verbindtenis bestaan had.* Bij eene overeenkomst van koop en verkoop, wordt dus de gekochte zaak geacht bij den verkooper te zijn gebleven; de kooper, ofschoon *pendente conditione* door levering en betaling zuiver eigenaar geworden, wordt geacht nimmer eigenaar te zijn geweest. Volgens algemeene regtsbeginselen is hij verpligt *pendente conditione* de zaak *ut bonus pater familias* te beheeren; *praestat dolum et culpam*, maar voor *casus fortuitus* behoeft hij niet in te staan; de zaak wordt geacht evenzeer bij den verkooper te zijn beschadigd of in waarde verminderd, en de regel geldt *res perit domino.*

„Teregt zegt Demolombe, I, n° 68, *la question des risques durant la condition resolutoire se resout donc par les principes de la retroactivité, et celui-là en demeure grevé qui reste ou redevient propriétaire. En un mot les risques suivent la chose et la propriété.* Laurent gevoelt de kracht dezer redenering. Hij zegt: *Vainement objecte-t-on le principe de la retroactivité. Sans doute la conséquence logique de ce principe serait que le contrat étant censé n'avoir jamais existé, le vendeur reprend la chose dans l'état où elle se trouve, non détériorée par la faute du débiteur,* le cas fortuit *devant frapper le propriétaire. Nous répondons que le Code ne suit pas le principe de retroactivité quand il s'agit des risques.* Zijne oplossing der tegenwerping is eene zuivere *petitio principii* en in strijd met de wet, welke de retroactiviteit, en daarmede de resolutie van het contract *ex tunc*, zonder eenige uitzondering aanneemt. Zijne leer berust op de meening, dat de regtsgevolgen der *suspensive* voorwaarde ook voor de *resolu-*

toire moeten gelden: die leer wordt door DALLOZ, *ll.* n° 1194, teregt bestreden.

„Vooral is de opmerking van DEMOLOMBE in dit opzigt belangrijk. Hij zegt van a. 1182 *C.-C.*, a. 1300 B.-W.: „l'article 1182 *est spécial au cas de condition suspensive: ses dispositions sont en désaccord avec le principe de la retroactivité des conditions.*" Ik kan mij dan ook *salva reverentia* niet vereenigen met de overw. in het arr. van 19 Junij 1868 (v. D. HON., *B.-R.* XXXII, 473; *N. Rgpr.* LXXXIX, 198), volgens welke de verbindtenis in het geval van a. 1301 ophoudt te werken *voor het vervolg*.

„Ik kom dus tot de gevolgtrekking, dat a. 1300 B.-W. verkeerd is toegepast op eene overeenkomst, welke, volgens de *feitelijke*, ook door partijen niet bestreden beslissing, is aangegaan onder eene *ontbindende* voorwaarde, en dat de beslissing van het geschil ten onregte van die wetsbepaling is afhankelijk gemaakt. De Adv.-G. GREGORY beweerde, dat er bij zoodanige beslissing *in jure*, verkeerde toepassing der wet had plaats gehad. Vgl. v. D. HON., *ll.* XXIV, 292; *N. Rgpr.* XXXIII, 97.

„Indien nu de H.-R. zich met deze beschouwing vereenigt, en dientengevolge het arr. vernietigt, zijn er dan punten ter beslissing voor den *judex facti* overgebleven, zooals de verw. beweert?

„Ik geloof het niet. In de 1° overw. van het arr. wordt beslist, dat de eischer door zich niet stipt te houden aan de overeenkomst, niet gehandeld heeft tegen de bedoeling van partijen, en mitsdien zijne actie niet heeft verwerkt. Die beslissing is *facti*.

„Evenzeer is de identiteit der goederen in de 2° overw. onherroepelijk *in facto* aangenomen, en in de 16° aangezien in de conclusie des verw^s wordt opgekomen tegen een paar stellingen, welke in de 3° overw. van het arr. mede feitelijk zijn uitgemaakt.

„En wat eindelijk betreft de vordering betrekkelijk de *emballage* en de reconventionele vordering van den verw. waarop bij de pleidooi is gewezen, zoo lossen deze zich m. i. op in de vraag wie *pendente conditione* geacht moet worden eigenaar der goederen te zijn geweest, indien de resolutoire conditie wordt vervuld; en welke regten en verpligtingen de kooper, hangende de conditie, heeft met betrekking tot de zaak, waaromtrent de overeenkomst is aangegaan.

„Ik heb de eer te concluderen tot vernietiging van het arr. en bevestiging van het daarbij vernietigde vonnis der regtb., en veroordeeling van den verw. in cassatie in de kosten, zoo in hooger beroep, als in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1289, 1297, 1299, 1300 en 1301 B.-W., vermits het Hof des eischers vordering heeft afgewezen op grond, dat de risico der verkochte zaken, waarvan, indien zij onverkocht in Nederland terugkwamen, de koop en verkoop zou vervallen, was bij den eischer zoolang de voorwaarde niet was vervuld, en dat dientengevolge, nu daaraan inmiddels schade was opgekomen, die geen gevolg was van eene oorzaak, welke de partijen bij het aangaan der overeenkomst hadden behooren te voorzien, de verweerder de gevorderde som, tegen terugname der onverkocht teruggekomen goederen, niet had terug te geven;

„O., dat werkelijk feitelijk vaststaat, dat de eischer van den verw. heeft gekocht eene partij geweren en ammunitie, onder de ontbindende voorwaarde, dat die koop zoude vervallen, als die goederen door den eischer onverkocht uit Ned.-Indië zouden worden teruggevoerd; dat die ontbindende voorwaarde is vervuld en dat inmiddels — in den tijd tusschen het aangaan der overeenkomst en het vervullen der voorwaarde — aan de bedoelde goederen schade is opgekomen uit eene oorzaak, die partijen niet behoefden te voorzien

en die niet aan de schuld hetzij van den eischer, hetzij van den verw., is te wijten;

„O., dat het Hof bij het vaststaan dezer feiten heeft beslist, dat de verw. geregtigd was de goederen in den beschadigden toestand, waarin zij hem werden aangeboden, te weigeren en ongehouden den koopprijs terug te betalen, omdat niet hij, maar de eischer de schade moest dragen;

„O., dat deze beslissing hoofdzakelijk hierop is gegrond, dat uit de toepassing der beginselen, in a. 1300 B.-W. gehuldigd, aangaande de risico der zaak bij verbindtenissen onder opschortende voorwaarde, op verbindtenissen onder ontbindende voorwaarde volgt, dat diegene, die tengevolge van de aanvankelijke uitvoering der overeenkomst in het bezit is gekomen van de zaak, die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, ook de risico daarvan draagt, en dat daarenboven, door den verkooper te willen dwingen het verkochte terug te nemen, ook wanneer de zaak verminderd is uit eene oorzaak, die partijen niet behoefden te voorzien, de zaken niet weder tot den vorigen toestand zouden terugkeeren alsof er geene verbindtenis bestaan had, gelijk a. 1301 B.-W. voorschrijft;

„O., dat deze beslissing in strijd is met de wet;

„O. toch, dat, terwijl a. 1289, in verband met de a. 1299 en 1301 B.-W., duidelijk onderscheidt tusschen verbindtenissen onder opschortende- en verbindtenissen onder ontbindende voorwaarde aangegaan, de voorschriften van a. 1300 over de risico der zaak alléén zijn gegeven voor de eerste en dus niet op de laatste mogen worden toegepast;

„O., dat dus de vraag, voor wiens rekening de zaak is bij verbindtenissen onder ontbindende voorwaarde, eeniglijk wordt beslist door a. 1301 B.-W., bepalende, dat deze voorwaarde na hare vervulling de verbindtenis doet ophouden en de zaken weder tot den vorigen stand doet terugkeeren, even alsof er geene verbindtenis bestaan had;

„O., dat de duidelijke zin van dit voorschrift is, dat

partijen, na het vervullen van de ontbindende voorwaarde, hersteld worden in denzelfden toestand, waarin zij tot elkander stonden vóór het aangaan der verbindtenis, waaruit volgt, dat bij koop en verkoop onder ontbindende voorwaarde, als die voorwaarde is vervuld, de schade aan de verkochte en geleverde zaak opgekomen, mits buiten schuld van den kooper ontstaan, komt voor rekening van den verkooper, die alsdan, volgens de onderstelling der wet, geacht moet worden de zaak niet te hebben vervreemd, en alzoo daarvan voortdurend eigenaar te zijn gebleven;

„O. mitsdien, dat het *middel* is gegrond;

„Vernietigt het arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch, van 18 Mrt. 1879;

„En ten principale regt doende op het bestaande hooger beroep:

„Bevestigt het vonnis der arr.-regtb. te Maastricht, 24 Jan. 1878 tusschen partijen gewezen;

„Veroordeelt den verw. in de kosten, in hooger beroep en in cassatie gevallen".

